

A nova exceção ao direito de autor para fins educativos e a sua transposição para o direito português¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.128.2>

Giulia Piora²

Resumo

Entre as novas regras introduzidas pela Diretiva (UE) 2019/790 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, existe uma exceção obrigatória que permite a utilização de conteúdos protegidos para o ensino digital. Este artigo apresenta uma visão geral contextualizada da razão pela qual esta nova regra foi criada e do seu âmbito de aplicação. A minha análise centra-se, em particular, nas opções de redação legislativa de que os Estados-Membros dispunham para transpor esta nova exceção. Ao abordar o cenário português, a contribuição explica a nova exceção do ensino digital agora incluída no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, tecendo considerações sobre a concetualização jurídica portuguesa e europeia do binómio: direitos de autor e ensino.

Palavras-chave

Direito de autor; Diretiva da UE relativa aos direitos de autor no mercado único digital 2019/790; artigo 5.º; atividades de ensino digital; liberdade de aprender e ensinar.

1 O presente artigo corresponde a uma versão revista e atualizada de Giulia Piora/Bernd J. Jütte/Péter Mezei, "Copyright and digital teaching exceptions in the EU: Legislative developments and implementation models of Article 5 CDSM Directive", *IIC*, Vol. 53(4) (2022), pp. 543 e ss., que serviu de apoio a minha contribuição à conferência "Direitos de Autor. As alterações legislativas anunciadas", na Escola de Direito da Universidade do Minho, em Braga, no dia 26 de abril 2023. Agradeço à Professora Doutora Maria Miguel Carvalho a colaboração, a amizade e a generosa partilha académica. O meu agradecimento vai também para Rafael Correia Rebelo e Amanda Costa Novaes pela revisão linguística do texto. Todas as fontes digitais foram acedidas até ao dia 9 de agosto de 2023.

2 Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa, Diretora do Centro de Conhecimento NOVA IPSI e Membro Integrado do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS).

Sumário

1. Introdução: Direitos de autor e educação; **2.** As exceções para fins educativos no direito de autor europeu e a necessidade do artigo 5.º da Diretiva 2019/790; **3.** Âmbito de aplicação e características principais; **4.** Modelo de transposição: Uma obrigação de criar novas disposições? **5.** A nova exceção ao direito de autor para atividades de ensino digital no Código do Direito de Autor português; **6.** Conclusões.

Abstract

Among the new rules introduced by the EU Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market of 2019 there is a mandatory exception permitting for uses of protected content for digital teaching activities. The paper provides a contextualized overview of the reason why this provision came into being and its scope of application. My analysis focuses in particular on the options of legislative drafting that Member States had at disposal in the transposition of this new exception. Zooming in on the Portuguese scenario, the contribution explains the new digital teaching exception now included in the Portuguese Copyright Code, drawing considerations on the Portuguese and European legal conceptualization of the binomial: copyright and teaching.

Keywords

Copyright law; CDSM Directive 2019/790; Article 5; digital teaching activities; educational exceptions.

Summary

1. Introduction: Copyright and education; **2.** The teaching exceptions in EU copyright law and the need for Article 5 of Directive 2019/790; **3.** Scope and main features; **4.** Transposition model: An obligation to create new provisions? **5.** The new digital teaching exception in the Portuguese Copyright Code; **6.** Conclusions.

1. Introdução: Direitos de autor e educação

A relação entre o direito de autor e o sector educativo tem mais de três séculos. Desde as primeiras experiências legislativas, o direito de autor teve uma ligação estreita com os sectores da educação e da cultura em várias sociedades. O primeiro diploma conhecido sobre os direitos de autor, o Estatuto da Rainha Ana de 1709, declarou que a *raison d'être* da tradição britânica em matéria de direitos de autor era “o incentivo à aprendizagem”³. A par da necessidade de dignificar e proteger os escritores da ameaça da miséria, o Estatuto visava explicitamente valorizar o conhecimento e facilitar o acesso a “livros úteis” (“*useful books*”)⁴. O outro pilar da origem histórica do direito de autor na Europa foram os Decretos franceses pós-revolucionários de 1791 e 1793, que tiveram igualmente em conta o objetivo de uma “regulamentação sábia, dirigida à educação pública”⁵. Embora tenha sido estabelecida a tradição do *droit d'auteur*, baseada na ideia da propriedade literária como “a mais sagrada”⁶ de todos os tipos de propriedade, o potencial e o valor educativo das obras literárias e teatrais foram reconhecidos e protegidos⁷. Várias Constituições nacionais também evocam a relação entre direitos de autor e educação. Pode ser mencionada, entre outras, a Constituição dos EUA, que indica a promoção das artes e da ciência como o principal objetivo do direito de autor⁸. A história constitucional portuguesa foi marcada pela ênfase à liberdade de expressão⁹ e desenvolveu-se nos arts. 42.º e 43.º na Constituição de 1976, atualmente em vigor. Estes artigos incluem a proteção dos direitos de autor na declaração dos princípios fundamentais da liberdade de criação cultural, seguida da disposição sobre a liberdade de aprender e ensinar¹⁰.

O direito internacional de autor estabelece algumas orientações preliminares sobre como interligar os direitos de autor e a educação. Tanto a Convenção de Berna como a Convenção de Roma permitem aos países signatários derrogar a proteção, respetivamente, dos direitos de autor e dos direitos conexos de forma a permitir certas

3 An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein mentioned (1710) (Statute of Anne), https://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_uk_1710.

4 *Ibid.*

5 Rapport fait par M. Le Chapelier au nom du comité de constitution sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du Jeudi 13 Janvier 1791, avec le Décret rendu dans cette séance (1791), https://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation_f_1791, p. 10.

6 *Ibid.*, p. 16 (“A mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável e, se assim posso dizer, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra que é fruto do pensamento de um escritor.”) (traduzido pela autora).

7 *Ibid.*, p. 9.

8 The Constitution of the United States of America (1787, última alteração em 1992), art. 1.º/8/8.

9 Constituição Política da Monarquia Portuguesa, decretada pelas Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes (1822), art. 7 (“A livre comunicação dos pensamentos é um dos mais preciosos direitos de homem.”).

10 Constituição da República Portuguesa (1976), Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10, pp. 738 e ss., art. 42.º e art. 43.º.

utilizações das obras para fins pedagógicos¹¹. Isto causou um certo grau de homogeneidade nos sistemas jurídicos nacionais de direitos de autor em todo o mundo, que normalmente incluem pelo menos uma disposição sobre exceções educativas¹². No entanto, o direito internacional não impõe qualquer orientação obrigatória nesta matéria. Por esta razão, os países de todo o mundo, incluindo os Estados-Membros da União Europeia (UE), criaram um cenário jurídico altamente diversificado de exceções e limitações aos direitos de autor para utilizações educativas de obras protegidas¹³. Na era digital, o problema da fragmentação a nível global dos sistemas jurídicos nacionais na sua regulamentação sobre quando e como professores e alunos podem utilizar conteúdos protegidos agravou-se. Assim, as diferentes abordagens para equilibrar os interesses públicos e privados no direito autoral tornaram-se o principal dilema da disciplina na época contemporânea. Isto ocorreu à medida que a proteção dos titulares de direitos de autor se tem vindo também a expandir a nível internacional, supranacional e nacional. Por conseguinte, compreender, em cada país, os limites desta exclusividade crescente tem-se revelado um fardo pesado. Especialmente num ambiente digital e, por defeito, sem fronteiras, esta falta de harmonização jurídica a nível global criou uma incerteza generalizada, ou melhor, resultou na presunção, factual e não jurídica, de que “não utilizar” pode ser a opção mais segura, até em contextos educativos. O problema da falta de sensibilização e familiaridade com as regras aplicáveis é, muito provavelmente, a melhor forma de descrever realisticamente os desafios enfrentados pela UE e pelo direito internacional nos processos em curso de modernização do direito autoral para o mundo digital, incluindo os esforços para aprimorar as exceções para utilizações educativas. O objetivo comum é alcançar um sistema jurídico eficaz e sustentável na sua aplicabilidade e, mais importante ainda, na consciência dos utilizadores das obras nas escolas e nas universidades.

11 Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas (1886, última alteração em 1979), art. 10.º, n.º 2; Convenção de Roma para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão (1961), art. 15.º, n.º 1, alínea d). Veja-se também a Lei-tipo de Tunes sobre o Direito de Autor para os Países em Vias de Desenvolvimento (1976), art. 7.º, n.º 1, alínea c).

12 Daniel KB Seng, “An Empirical Review of the Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities”, in *The Cambridge Handbook of Copyright Limitations and Exceptions* (eds. Shyamkrishna Balganesht/Ng-Loy Wee Loon/Haochen Sun), Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 267 e ss.; Raquel Xalabarder, “Study on Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities in North America, Europe, Caucasus, Central Asia and Israel”, WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights Nineteenth Session Proceedings, SCCR/19/8, Genebra, 2009.

13 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/2015/0626 final, Bruxelas, 2015, p. 8 (“A exceção da UE relativa à ilustração para efeitos de ensino constitui um bom exemplo das diferentes formas de aplicação das exceções pelos Estados-Membros, em especial quando olhamos para a forma como os Estados-Membros interpretam as modalidades de aplicação da exceção em ambientes digitais. Estas diferenças podem travar as tendências no setor da educação em domínios como os cursos em linha, a utilização de tecnologias e materiais digitais nas salas de aulas e a aprendizagem transfronteiras, os quais ganharam terreno nos últimos anos.”).

2. As exceções para fins educativos no direito de autor europeu e a necessidade do artigo 5.º da Diretiva 2019/790

As exceções e limitações aos direitos de autor¹⁴ no sistema jurídico da UE encontram o seu momento marcante em 2001, com a primeira tentativa abrangente de harmonizar, pelo menos parcialmente, a sua regulamentação na União. Desde então, a pedra angular das utilizações livres para fins educativos tem sido unicamente a alínea a) do n.º 3 do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE (InfoSoc)¹⁵. Normalmente referida como a “exceção da ilustração para ensino”, esta disposição permite que os legisladores nacionais introduzam exceções que permitam a reprodução e comunicação de conteúdos protegidos para fins educativos ou de investigação científica, desde que seja justificado pelo seu objetivo não comercial e que a fonte e o nome do autor sejam indicados. Além da exceção geral relativa a ilustrações para o ensino, disposições de carácter muito específico podem ser encontradas nas diretivas relativas a bases de dados e programas informáticos, que permitem principalmente a reprodução deste tipo de obras para fins pedagógicos ou de estudo individual.

Devido ao seu carácter facultativo¹⁶, não é surpreendente que o n.º 3, alínea a), do art. 5.º da Diretiva InfoSoc tenha sido transposto de forma desarmoniosa nos Estados-Membros da UE. Dentro dos limites traçados pela exceção, os Estados desenvolveram uma grande variedade de abordagens jurídicas. Há desde transposições restritivas, que autorizam, por exemplo, a utilização de apenas pequenos fragmentos ou um número limitado de obras, até regras altamente específicas que se referem a utilizações permitidas para arquivamento nas mediatecas e redes de comunicação escolares, ou mesmo formulações jurídicas mais amplas que permitem utilizações no âmbito educativo. Apenas alguns Estados-Membros optaram por mecanismos para garantir o pagamento de uma remuneração equitativa aos titulares dos direitos de autor. As discrepâncias existentes na UE quanto à forma de encontrar o equilíbrio entre a proteção dos direitos de autor, por um lado, e o direito à educação, por outro,

14 Para efeitos desta contribuição, não se estabelece diferença conceitual entre os termos “exceções” e “limitações”, sendo preferível o termo “exceção” pela sua representação doutrinária e abrangência. Para uma reflexão relevante e abrangente sobre as diferenças regulatórias entre exceções e limitações de direitos autorais, veja-se Tito Rendas, “Are copyright-permitted uses ‘exceptions’, ‘limitations’ or ‘user rights’? The special case of Article 17 CDSM Directive”, *JIPLP*, Vol. 17(1) (2022), pp. 54 e ss.

15 Diretiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, 2001 (Diretiva InfoSoc), art. 5.º, n.º 3, alínea a). Sobre a exceção educacional relativa a bases de dados, veja-se a Diretiva 96/9/CE relativa à protecção jurídica das bases de dados, 1996 (Diretiva Database), art. 9.º, alínea b). Sobre a exceção educacional relacionada a direitos conexos, veja-se a Diretiva 2006/115/EC relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual, 2006 (Diretiva Rental), art. 10.º, n.º 1.

16 Para uma crítica acerca dessa decisão legislativa pelo legislador europeu, veja-se, *inter alia*, Tito Rendas, *Exceptions in EU Copyright Law. In Search of a Balance Between Flexibility and Legal Certainty*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2021, pp. 154-171; Lucie Guibault, “Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonization: The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC”, *JIPITEC*, Vol. 1 (2010), pp. 55 e ss.

tornam evidente que soluções nacionais fragmentadas dificilmente satisfazem as necessidades dos contextos de ensino e a sua evolução digital. Isto tornou-se ainda mais evidente com o início da pandemia de COVID-19 no início de 2020. Em todos os Estados-Membros da UE, os governos decidiram encerrar os estabelecimentos de ensino primário, secundário, profissional e superior e substituir o ensino presencial por soluções à distância. Esta situação causou uma incerteza jurídica significativa¹⁷ e exacerbou a necessidade de disposições jurídicas transfronteiriças e à prova de tecnologia na UE.

Contudo, os debates sobre a necessidade de uniformizar as exceções aos direitos de autor começaram muito antes da pandemia. A possibilidade de ultrapassar a fragmentação normativa sobre a exceção de ensino foi proposta em 2014, juntamente com o primeiro projeto de diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital (Diretiva CDSM)¹⁸. No que foi descrito como uma transição histórica na harmonização da UE das exceções aos direitos de autor, o art. 5.º da Diretiva CDSM introduz uma nova exceção para as utilizações de obras e outro material protegido em atividades de ensino digitais e transfronteiriças. Os considerandos deste diploma fornecem algumas indicações sobre a lógica subjacente à introdução desta nova exceção, sublinhando a necessidade de reavaliar algumas exceções à luz das alterações tecnológicas, de novos tipos de utilização de obras e das possíveis barreiras ao funcionamento do mercado interno¹⁹. O objetivo é apoiar todos os estabelecimentos de ensino na UE, dando orientação jurídica certa sobre as suas utilizações de conteúdos em linha, transfronteiras ou não²⁰. No entanto, os Estados-Membros mantêm uma certa margem de manobra para determinar em que medida as obras podem ser utilizadas, principalmente para equilibrar o âmbito de aplicação da exceção à luz do *three-step-test*²¹.

3. Âmbito de aplicação e características principais

O art. 5.º da Diretiva CDSM é um tema sobre o qual tive o prazer de trabalhar e discutir exaustivamente com vários colegas ao longo dos últimos anos, dentro e fora da sua análise jurídica. A minha principal conclusão é que o art. 5.º é uma disposição cuja exegese e redação legislativa têm muito para nos dizer. Tentarei

17 Apenas alguns Estados-Membros apresentam indicações explícitas de atividades de ensino digital nas suas transposições nacionais da Diretiva InfoSoc. Por exemplo, o Artigo L122-5 3.º do Código de Propriedade Intelectual Francês; o Artigo 22 da Lei de Direitos do Autor Grega; o Artigo 70(1bis) da Lei de Direitos do Autor Italiana; o Artigo 27(2) da Lei de Direitos do Autor Polonesa. Veja-se a Diretiva (UE) 2019/790 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, 2019 (Diretiva CDSM), considerando 19 (“O âmbito de aplicação das referidas exceções ou limitações no que se refere a utilizações digitais não é claro. Além disso, observa-se uma falta de clareza quanto à aplicabilidade dessas exceções ou limitações ao ensino em linha e à distância.”).

18 Diretiva CDSM, *cit.*

19 *Ibid.*, considerando 5.

20 *Ibid.*, considerandos 19-22.

21 *Ibid.*, art. 7.º, n.º 2.

resumir as observações que podemos retirar desta disposição utilizando três palavras-chave principais.

A primeira é digital. Ao contrário do art. 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva InfoSoc, que previa uma exceção para o ensino e a investigação, o art. 5.º da Diretiva CDSM aplica-se exclusivamente às atividades de ensino digitais e transfronteiriças. Isto significa que, a partir de 7 de junho de 2021, se ainda não estiver previsto, os Estados-Membros devem incluir na sua legislação nacional uma exceção para o ensino que abranja, pelo menos, as atividades de ensino digital. Desta forma, o art. 5.º da Diretiva CDSM tentou modernizar o regime de exceções e limitações aos direitos de autor para facilitar e promover o ensino digital e entre países. Nesta dimensão reside o verdadeiro significado do processo de modernização do direito de autor na Europa. Uma das contribuições mais significativas do art. 5.º é a introdução de uma ficção jurídica, o princípio do país de origem, que vincula a utilização em linha de material protegido ao país onde a instituição de ensino está sediada. Neste sentido, o art. 5.º dá corajosamente um passo em frente para ultrapassar o anacronismo da territorialidade dos direitos de autor na era digital. Esta escolha do legislador europeu aponta para uma das opções viáveis que poderemos ter de explorar no futuro para responder às necessidades do ambiente em linha.

A segunda palavra-chave é obrigatório. Todos os Estados-Membros têm de implementar o art. 5.º nas suas legislações nacionais e esta exceção não pode ser anulada por meio de contratos privados. A diretiva CDSM introduz outras exceções obrigatórias, o que constitui uma novidade na regulamentação das exceções aos direitos de autor na UE. Nas palavras da Professora Séverine Dusollier, trata-se de “uma transição de uma conceção de meras limitações de direitos exclusivos para dispositivos adequados, que sustentam utilizações socialmente benéficas das obras”²². Esta evolução constitui uma solução eficaz para a profunda fragmentação que testemunhamos na Europa no que respeita às exceções para fins educativos. Tal como indicado acima e exaustivamente demonstrado por vários esforços de investigação²³, o cenário pré-CDSM sobre a harmonização das exceções ao ensino era profundamente dissonante. Não se tratava de uma divisão clara entre os Estados-Membros que decidiram implementar uma exceção para fins educativos e os que não o quiseram fazer. Surpreendentemente, a fragmentação resultou de interpretações divergentes entre os Estados-Membros especificamente sobre o que pode ser permitido no âmbito do objetivo de ensino. Por outras palavras, o que e quanto é tolerável que docentes e alunos utilizem para o seu ensino e aprendizagem. Aqui temos uma lição a aprender. Embora o art. 5.º seja obrigatório, o que o ensino digital realmente engloba pode ainda estar sujeito a variações nacionais. O que sabemos com certeza é que as atividades e utilizações de materiais protegidos, para se enquadrarem no âmbito do art. 5.º e serem permitidas, devem ocorrer sob a responsabilidade das instituições

22 Séverine Dusollier, “The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, A Few Bad Choices, And An Overall Failed Ambition”, *Common Market Law Review*, Vol. 57(4) (2020), pp. 979 e ss. (pp. 981-982) (traduzido pela autora).

23 *Inter alia*, Recreating Europe, <http://www.copyrightflexibilities.eu/#/reports/5>.

de ensino e através de sistemas eletrónicos seguros. Algo para o qual as escolas e universidades devem estar não só equipadas, mas também prontas para continuar a monitorizar no futuro.

A terceira e última palavra-chave que gostaria de trazer para a análise do art. 5.º é a palavra licença. Apesar de o art. 5.º ser obrigatório e centrado na promoção do ensino digital, o n.º 2 do art. 5.º da Diretiva CDSM contém uma derrogação opcional ao primeiro parágrafo, ou seja, uma exceção à exceção. Esta opção permite que os Estados-Membros restrinjam a aplicação da exceção aos casos em que licenças adequadas não estejam facilmente disponíveis no mercado. Isto significa que, se decidirem recorrer a esta opção, os Estados-Membros devem garantir que as licenças pertinentes estejam disponíveis, visíveis e economicamente acessíveis para as instituições de ensino as comprarem. Em alternativa ou como complemento disto, os Estados-Membros podem subordinar a aplicação da exceção ao ensino digital a uma remuneração equitativa obrigatória. Ambos estes aspetos, a prevalência das licenças (o chamado *licensing carve-out*) e a possibilidade de introduzir uma remuneração equitativa, são cruciais para compreender o verdadeiro potencial de harmonização da norma. Na verdade, o art. 5.º permite que os Estados-Membros criem espaço para que uma lógica orientada para o mercado prevaleça sobre as utilizações livres de materiais protegidos em contextos educativos. Esta redação legislativa no direito da UE deparou-se com as dificuldades dos legisladores nacionais em lidar com este exercício de equilíbrio de forma coordenada. Isto acontece relativamente às opções entre ser devido ou não invocar a prevalência das licenças e da remuneração, se as licenças podem abranger todas ou apenas algumas utilizações ou alguns tipos específicos de obras, como o material que se destina principalmente ao mercado do ensino ou partituras musicais²⁴, até às questões mais técnicas, como, por exemplo, quem é que decide se o licenciamento oferecido no mercado é adequado.

4. Modelo de transposição: uma obrigação de criar novas disposições?

O art. 5.º contém um núcleo obrigatório e alguns elementos que permitem aos Estados-Membros aperfeiçoar as suas próprias versões da exceção relativa ao ensino digital. É obrigatório que as transposições nacionais incluam as quatro condições seguintes. Em primeiro lugar, a exceção de ensino digital deve incluir a cláusula do país de origem para permitir a utilização transfronteiras de obras e outro material. Em segundo lugar, as utilizações digitais permitidas não podem ter fins comerciais, devem decorrer sob a responsabilidade de um estabelecimento de ensino e num ambiente digital seguro²⁵. Em terceiro lugar, para

24 Diretiva CDSM, *cit.*, art. 5.º, n.º 2.

25 Isso não significa que o uso da nova exceção de ensino esteja limitado espacialmente às instalações (digitais ou físicas) de estabelecimentos educacionais. Pelo contrário, ela estende-se a atividades “designadamente durante os exames ou atividades pedagógicas que tenham lugar fora das instalações dos estabelecimentos de ensino, por exemplo, em museus, bibliotecas ou instituições responsáveis pelo património cultural”. Veja-se *ibid.*, considerando 22.

garantir a eficácia da disposição, os Estados-Membros devem prever que a exceção não possa ser anulada por contrato²⁶. Isto não se aplicará, evidentemente, aos casos abrangidos pela prevalência de acordos de licenciamento, caso existam. Em quarto e último lugar, a exceção nacional relativa ao ensino digital deve incluir a obrigação de indicar o autor e a fonte das obras utilizadas.

Os elementos a definir a nível nacional são componentes subjetivas e objetivas da norma. No plano subjetivo, encontramos os beneficiários. A diretiva não prevê uma definição autónoma de “estabelecimento de ensino”²⁷, mas esclarece que essas utilizações devem ter lugar nas instalações do estabelecimento de ensino ou em outros locais, ainda que através de ambientes eletrónicos seguros a que apenas tenham acesso o pessoal docente e os estudantes²⁸. A ideia de educação que o art. 5.º promove parece, à primeira vista, uma ideia de educação entre os muros dos estabelecimentos educativos tradicionais, deixando-nos pouca imaginação para estabelecer analogias com a ideia de estudo privado ou de educação pública fora das escolas e das universidades públicas e privadas. No entanto, isto não é estritamente imposto pela Diretiva, sendo deixado ao critério dos sistemas jurídicos nacionais a sua definição. No lado objetivo, os Estados-Membros, como ilustrado acima, podem decidir sobre a introdução de um mecanismo de remuneração equitativa e/ou de prevalência de licenciamento para algumas obras ou utilizações específicas. Destas duas escolhas cruciais, que não se excluem mutuamente, decorrem quatro opções possíveis: i) todas as utilizações são permitidas e sujeitas a obrigação de remuneração; ii) todas as utilizações são permitidas sem remuneração equitativa; iii) apenas algumas utilizações (ou utilizações de apenas algumas obras) são permitidas e sujeitas a remuneração; ou iv) apenas algumas utilizações (ou utilizações de apenas algumas obras) são permitidas sem remuneração devida.

À luz dos componentes obrigatórios e dos componentes discricionários da disposição, torna-se evidente que o carácter obrigatório do art. 5.º não conduz automaticamente à obrigação de introduzir uma nova disposição *ad hoc*. Este facto é ainda demonstrado pelo texto legislativo do art. 25.º da Diretiva, que permite aos Estados-Membros manterem em vigor exceções e limitações mais amplas do que aquelas previstas na mesma Diretiva²⁹. A Diretiva visa aprimorar os sistemas jurídicos nacionais para alcançar a neutralidade tecnológica das suas normas e garantir que o mercado interno digital não seja prejudicado. Neste sentido, a interpretação sistemática das novas disposições nacionais decorrentes da transposição do art. 5.º oferece um elemento de análise muito significativo para compreender se é ou não necessário um novo artigo *ad hoc* para permitir a utilização de obras protegidas em atividades de ensino digital.

26 *Ibid.*, art. 7.º.

27 *Ibid.*, art. 2.º.

28 *Ibid.*, art. 5.º, n.º 1, alínea a).

29 *Ibid.*, art. 25.º.

A Diretiva CDSM apela aos Estados-Membros para que se certifiquem de que os seus sistemas jurídicos permitem ou, caso isso não se verifique, possam vir a permitir, uma exceção ou limitação, explicitando:

- Para quem? Todas as pessoas sob a responsabilidade dos estabelecimentos de ensino (por exemplo, alunos, estudantes, pessoal docente, examinadores);
- Para fazer o quê? Reprodução, alteração, extração, reutilização, comunicação ao público de bases de dados; reprodução e comunicação ao público de obras; reprodução, alteração, distribuição de programas de computador ou partes dos mesmos; reprodução em linha e disponibilização de publicações de imprensa ou partes das mesmas;
- Do quê? Obras e outro material protegido pelos direitos de autor ou direitos conexos ou apenas partes e extratos deles. O considerando 21 da Diretiva CDSM sublinha que “[n]a maioria dos casos (...) só podem ser utilizadas partes de extratos de obras” para cumprir o objetivo da ilustração;
- Para que fins? Para o fim único e não comercial de ilustração para ensino (possível transposição conjunta com o fim de investigação científica);
- A menos que: as legislações nacionais em matéria de direitos de autor optem por uma derrogação de licenciamento para determinadas obras e/ou utilizações;
- Com a possibilidade de: exigir que os estabelecimentos de ensino paguem um montante fixo de remuneração equitativa aos titulares de direitos de autor, individualmente ou através de sociedades de gestão coletiva.

5. A nova exceção ao direito de autor para atividades de ensino digital no Código do Direito de Autor português

O Governo português honrou o mandato recebido pela Assembleia da República³⁰ para transpor a Diretiva CDSM, seguindo estritamente as suas diretrizes. Essas orientações se centraram na necessidade de definições certas de termos jurídicos como “instituição de investigação”, “prospecção de texto e dados” e “instituição do património cultural” e de intervir no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) português³¹ para cumprir todas as obrigações previstas na Diretiva. No que respeita à regulamentação das exceções e limitações aos direitos de autor, a Assembleia da República deu instruções ao Governo para criar novas exceções e limitações em conformidade com os artigos 3-24 da Diretiva. Não foi expressa a possibilidade de avaliar, à luz do art. 25.º, se essa introdução de novas normas era mais conveniente do que um ajuste das regras existentes no sistema jurídico português.

30 Lei n.º 11/2023, Diário da República n.º 58/2023, Série I de 2023-03-22, pp. 3-5.

31 Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Decreto-Lei n.º 63/85, Diário da República n.º 61/1985, Série I de 1985-03-14 (1985, última alteração em 2023).

De um ponto de vista sistemático, a Proposta de Lei apresentada com o Decreto-Lei n.º 134/XXIII e o texto consolidado da reforma legislativa, aprovado e publicado no Diário da República no dia 19 de junho de 2023, não alteraram substancialmente a estrutura legislativa em matéria de utilizações livres de obras protegidas. O art. 75.º do CDACD continua a regular todas as utilizações livres e o art. 76.º estabelece todos os requisitos que essas utilizações têm de cumprir para serem lícitas. Estas duas disposições, já muito articuladas, tornaram-se ainda mais longas pelo acréscimo de várias novas exceções. Entre elas, a nova exceção relativa ao ensino digital está agora regulamentada no (novo) art. 75.º, n.º 2, alínea g)³². Seguindo o esquema de transposição esboçado acima, o legislador português optou pelas seguintes características e âmbito de aplicação.

Os beneficiários da exceção são os alunos, docentes e técnicos dos estabelecimentos de educação e ensino. A inclusão desta última categoria, ou seja, a categoria dos técnicos, é um aditamento que resultou da fase de consulta pública do processo legislativo, uma vez que não consta da Proposta de Decreto-Lei. O âmbito objetivo da exceção abrange a “reprodução, comunicação ao público [e] colocação à disposição do público” de obras e outro material protegido. A alteração, extração, reutilização de bases de dados e a alteração e distribuição de programas de computador ou partes dos mesmos não estão inseridas no texto do artigo, mas são suscetíveis de aplicação por analogia. Este âmbito objetivo de aplicação não qualifica nem exclui qualquer tipo de obras específicas, como aconteceu noutros países, por exemplo, com materiais didáticos e partituras musicais. Relativamente à quantidade que é permitida utilizar, em consonância com a Diretiva e todas as transposições nacionais, o n.º 2 do art. 76.º do Código do Direito de Autor português indica que “as obras reproduzidas ou citadas (...) não se devem confundir com a obra de quem as utiliza, nem a reprodução ou citação podem ser tão extensas que prejudiquem o interesse por aquelas obras”. Surpreendentemente, a exceção do ensino digital em Portugal permite a utilização apenas de obras e outro material protegido que tenham sido previamente tornados acessíveis ao público em qualquer território pertencente à União Europeia, ou equiparado. Esta referência representa um *unicum* no cenário jurídico da UE: nenhum outro país adotou esta formulação, cuja inspiração e justificação resulta difícil de contextualizar.

O objetivo almejado pela nova exceção é a permissão das utilizações digitais para fins exclusivos de ilustração didática, na medida justificada pelo objetivo não comercial perseguido e desde que tal utilização ocorra sob a responsabilidade de um estabelecimento de educação e ensino, seja nas suas instalações ou noutros

32 *Ibid.*, art. 75.º, n.º 2, alínea g) (“A reprodução, a comunicação ao público ou a colocação à disposição do público, a fim de permitir a utilização digital, de obras e outro material protegido, que tenham sido previamente tornados acessíveis ao público em qualquer território pertencente à União Europeia, ou equiparado, para fins exclusivos de ilustração didática, na medida justificada pelo objetivo não comercial prosseguido e desde que tal utilização ocorra sob a responsabilidade de um estabelecimento de educação e ensino, nas suas instalações ou noutros locais, ou através de um meio eletrónico seguro acessível apenas pelos alunos, docentes e técnicos em contexto escolar desse mesmo estabelecimento de educação e ensino e seja acompanhada da indicação da fonte, incluindo o nome do autor, exceto quando tal se revele impossível.”).

locais, ou através de um meio eletrónico seguro. O fim de investigação científica não está incluído na nova disposição, embora fosse uma oportunidade de otimização sistemática, devido ao facto de a finalidade científica subjacente a várias exceções dos direitos de autor ser reconhecida, mas não solidamente consagrada no CDADC. O legislador português não optou por qualquer prevalência de mecanismos de licenciamento nem por um regime de remuneração equitativa na exceção do ensino digital. Esta opção está de acordo com a tradição e a aplicação do n.º 5 do art. 75.º do Código do Direito de Autor, que torna todas as exceções aos direitos de autor insuscetíveis de ser derogadas por via contratual³³. O legislador português também não previu a possibilidade de aplicar um regime de remuneração equitativa ao exercício da exceção do ensino digital, apesar de o fazer para algumas outras exceções e limitações³⁴. De um modo geral, trata-se de uma transposição nacional que se enquadra em padrões consolidados de considerações e ponderações nacionais de todos os Estados-Membros. O principal destaque que parece distinguir a experiência portuguesa no que respeita à exceção do ensino digital é a necessidade de compreender a livre utilização de conteúdos protegidos no seu objetivo de promover a educação como fim último da disposição e, portanto, atribuir-lhe o estatuto, pleno e inequívoco, de utilização livre em benefício de todas as comunidades educativas nacionais.

6. Conclusões

Vale a pena retomar os fios de análise desde o início, nomeadamente desde as palavras-chave educação e cultura. No que se refere ao art. 5.º da Diretiva CDSM, a questão que lidera atualmente o debate é a seguinte: consegui mos, enquanto sociedade europeia, chamar a atenção para o problema da definição de um justo equilíbrio específico entre os direitos de autor e o direito à educação? Tendo em conta o contexto normativo e a experiência jurídica em Portugal, a minha conclusão inclina-se para uma resposta afirmativa. O debate que a Diretiva CDSM suscitou e trouxe a múltiplas mesas académicas e públicas abraçou o art. 5.º e alguns dos seus aspetos cruciais. Este facto contribuiu para o desenvolvimento de um foco (não tão novo, mas reencontrado) nos debates sobre direitos de autor e educação, bem como sobre as complicadas relações entre os direitos de autor e a esfera pública, em termos gerais.

O contexto educativo talvez não se tenha tornado o protagonista do projeto europeu de modernização das regras do direito de autor, mas é, a título definitivo, uma personagem desta história. Desenvolvimentos muito recentes nas mesas de negociações legislativas internacionais apontam para uma possível dinâmica futura em torno da definição de normas sobre exceções aos direitos de autor para utilizações educativas. Renovando o interesse sobre este assunto e prestando crescente atenção ao direito

33 *Ibid.*, art. 75.º, n.º 5 (“É nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações enunciadas nos n.ºs 1, 2 e 3 deste artigo, sem prejuízo da possibilidade de as partes acordarem livremente nas respectivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas.”).

34 *Ibid.*, art. 76.º, n.º 1, alíneas b), c) e d).

de acesso à educação digital após a pandemia de COVID-19³⁵, em 17 de março de 2023, o Comité Permanente dos Direitos de Autor e Direitos Conexos da Organização Mundial da Propriedade Intelectual adotou a Proposta do Grupo Africano para um Projeto de Programa de Trabalho sobre Exceções e Limitações³⁶. A proposta continha um programa de trabalho destinado a “trabalhar no sentido da adoção de um instrumento ou instrumentos jurídicos internacionais adequados sobre exceções e limitações” e enumera como uma das suas prioridades a necessidade de “promover a adaptação das exceções e limitações ao ambiente em linha, permitindo, por exemplo, o ensino, a aprendizagem e a investigação através de ferramentas digitais e em linha”³⁷. Para além das considerações jurídicas sobre o desafiador, mas necessário, percurso para tornar mais sólido e eficaz o enquadramento jurídico dos direitos de autor em todos os seus níveis jurisdicionais, para concluir com uma nota otimista e desejosa, deve ser valorizado que, no caso da exceção do ensino digital, não se estão a perder ocasiões. Possa esta experiência transformar-se, assim, num exemplo virtuoso de debate público e de elaboração de legislação inclusiva nas sociedades em evolução dentro e fora da UE.

35 Mathieu Deflem, “The Right to Teach in a Hyper-Digital Age: Legal Protections for (Post-)Pandemic Concerns”, *Society*, Vol. 58(1) (2021), pp. 204 e ss.; Maria D. Papadopoulou, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 1(2) (2010).

36 OMPI – Standing Committee on Copyright and Related Rights, “Proposal by African Group for a Draft Work Program on Exceptions and Limitations”, SCCR/43/8, 2023.

37 *Ibid.* (traduzido pela autora).