

“O uso da obra protegida sem o consentimento do autor - uma perspectiva centrada no confronto entre as utilizações livres e os sistemas de fair use”

Ana Rita Martins Caçador

N.º142709004

Tese realizada sob a orientação de Dra. Ana Eduarda Santos

Universidade Católica Portuguesa

Mestrado Forense

Lisboa, 2 de Maio de 2011

SUMÁRIO

ÍNDICE DAS PRINCIPAIS ABREVIATURAS

OUTROS ESCLARECIMENTOS

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I - BREVE APRESENTAÇÃO DOS SISTEMAS LIMITADORES DO DIREITO DE AUTOR

1. A doutrina do *fair use*
2. O *fair dealing*
3. A Directiva 2001/29/CE e a utilização livre da obra no direito português

CAPÍTULO II - COMPARAÇÃO ENTRE O SISTEMA COMUNITÁRIO E O SISTEMA NORTE-AMERICANO DE *FAIR USE*

CAPÍTULO III - A REGRA DOS TRÊS PASSOS

4. Apresentação da regra dos três passos e seus fundamentos
5. Análise dos critérios que compõem a regra dos três passos
6. A regra dos três passos no direito português

CAPÍTULO IV – O DIREITO DE REPRODUÇÃO E A CÓPIA PRIVADA

7. O direito de reprodução como direito exclusivo do autor
8. A cópia privada como limite ao direito de reprodução
9. Compensação pelo uso privado da obra

CAPÍTULO V - AS MEDIDAS DE CARÁCTER TECNOLÓGICO - PROTECÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR NO CIBERESPAÇO?

CAPÍTULO VI – CONCLUSÕES

ÍNDICE

BIBLIOGRAFIA

ÍNDICE DAS PRINCIPAIS ABREVIATURAS:

ADPIC / TRIPS - Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio / Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

CDADC - Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos

Convenção de Berna - Convenção de Berna para a Protecção de Obras Literárias e Artísticas

Directiva - Directiva 29/2001/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001, sobre a Harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade de Informação

DMCA - Lei dos Direitos de Autor no Milénio Digital / Digital Millennium Copyright Act

OMPI / WIPO - Organização Mundial da Propriedade Intelectual / World Intellectual Property Organization

OMC - Organização Mundial do Comércio

p. - página

OUTROS ESCLARECIMENTOS:

Os artigos sem indicação de fonte pertencem ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC).

A referência a “Directiva” ou a “Directiva da Sociedade de Informação”, sem menção do seu número, reporta-se sempre à Directiva 29/2001/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001, sobre a Harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade de Informação.

Apesar de reconhecermos a importância de recorrer à utilização de termos específicos em língua portuguesa em prejuízo da sua utilização em língua inglesa, iremos fazê-lo ao longo deste trabalho devido ao facto de ser essa a sua designação original e de assim serem reconhecidos vulgarmente.

INTRODUÇÃO

O Direito de Autor, parte integrante do Direito da Propriedade Intelectual, é composto por direitos exclusivos, apresentando uns um conteúdo positivo e outros um teor negativo. No presente trabalho iremos analisar uma das limitações a esses direitos, o uso da obra protegida, por terceiros, sem o consentimento do titular do direito de autor.

O tema em análise apresenta, actualmente, uma intensa controvérsia devido a, essencialmente, duas questões. Em primeiro lugar, a existência de duas doutrinas com diferentes graus de protecção. O modelo americano, designado de *fair use*, e o modelo europeu apresentando uma lista taxativa de usos livres. Pretendemos, assim, analisar os modelos *supra* referidos e tomar posição acerca da sua viabilidade teórica e da sua exequibilidade prática.

A dualidade de sistemas, por um lado de *Copyright* (caracterizadores do direito anglo-americano) e por outro de *Droit d'Auteur*¹, eminente dos sistemas europeus, tem-se esbatido. Porém, as suas formulações explicam muitas das opções tomadas, nomeadamente, em sede de utilização livre² da obra intelectual.

A criação do Direito de Autor baseou-se na protecção da criatividade e originalidade e na sua vertente pessoal. Por seu turno, o sistema de *Copyright* baseia-se, em primeira linha, na protecção do investimento, privilegiando, desta forma, a sua vertente económica. Todavia, como refere o ilustre Professor Oliveira Ascensão assiste-se a uma materialização do Direito Autoral³. Os aspectos utilitários e a comercialização da obra tornam-se cada vez mais o foco do Direito de Autor⁴.

¹ Para mais desenvolvimentos acerca da dicotomia *Droit d'Auteur/Copyright*., vide DIAS PEREIRA, Alexandre – *Recensões* e OLIVEIRA ASCENSÃO, José de – *Direito de Autor Sem Autor e Sem Obra*.

² “No sentido de que não é necessária a autorização do titular de direitos” - DIAS PEREIRA, Alexandre - *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, p. 539.

³ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *Convergência de Tecnologias: Perspectivas Jurídicas*, p. 92.

⁴ DIAS PEREIRA, Alexandre - *O código de direito de autor e a Internet*, p. 7: “Descobre-se então que o direito de autor tem uma dimensão mercantil fundamental e que, portanto, é necessário harmonizar comunitariamente este instituto, a bem do mercado interno”.

Intimamente ligado com a questão anterior e designadamente em relação ao sistema comunitário, coloca-se o problema da necessidade de adaptação do Direito de Autor às grandes transformações trazidas pela evolução tecnológica.

Com a revolução tecnológica foi muito discutido na doutrina se o Direito de Autor como este tinha sido concebido estava pronto para responder às novas necessidades do mundo digital, ou se, por outro lado, o Direito de Autor “clássico” teria a sua morte anunciada e deveria ser totalmente reformulado. A reinvenção do Direito de Autor não se deu e actualmente é indiscutível que o Direito de Autor prevalecerá, tendo porém que se adaptar às novas realidades trazidas pela Sociedade de Informação.

Neste contexto de aproximação de sistemas e da internacionalização das obras proporcionada pelas novas tecnologias, torna-se premente que a protecção conferida ao Direito de Autor seja feita a nível internacional. A disponibilização automática das obras na Internet leva a que se transite para uma sociedade de informação globalizada⁵ e se crie uma lei de Direito de Autor supranacional⁶.

Os advenços da era digital e a proliferação de novos meios tecnológicos facilitadores da comunicação e transmissão de informação potenciam as ameaças aos direitos de autor, tornando cada vez mais difícil o controlo da exploração das obras intelectuais.

No extremo oposto da balança encontram-se os interesses dos utilizadores que pretendem fruir livremente das obras protegidas sem intromissões na sua privacidade⁷. Razões como o incentivo às novas criações, ou como refere o autor MARTIN SENFTLEBEN, a *intergenerational equity*⁸, pois todo o autor é um utilizador de obras, o desenvolvimento intelectual, a divulgação do conhecimento, a liberdade de informação

⁵ SALAZAR LEITE, Filipa - *Reprodução de Obras Colocadas em Rede e Protecção pelo Direito de Autor*, p. 17; LEHMAN, Bruce A. – *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, p. 2.

⁶ GINSBURG, Jane C. - *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*, p. 3.

⁷ DIAS PEREIRA, Alexandre - *A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital*, p. 331.

⁸ SENFTLEBEN, Martin - *Copyright, Limitations and the three-step test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, p. 41, “Admittedly, copyright’s balance has two sides: the side of authors and the side of users. The concept of intergenerational equity, however shows that these two “poles”, in reality, are the two sides of the same coin. *Among the users of today are the authors of tomorrow*”.

e a liberdade de expressão⁹ traduzem a enorme relevância da necessidade de conciliação entre os interesses do autor e os interesses gerais da comunidade. Alguns desses interesses constituem verdadeiros direitos fundamentais, como é o caso da reserva da intimidade da vida privada e do direito público à informação¹⁰.

Neste contexto, o principal objectivo desta análise traduz-se na busca do equilíbrio real dos interesses em confronto.

⁹ Vide HUGENHOLTZ, P. Brent - *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, acerca do conflito entre o Direito de Autor e a liberdade de expressão.

¹⁰ DIAS PEREIRA, Alexandre - *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, p. 538.

CAPÍTULO I – BREVE APRESENTAÇÃO DOS SISTEMAS LIMITADORES DO DIREITO DE AUTOR

1. A doutrina do *fair use*

O *fair use* traduz-se numa cláusula geral que possibilita aos tribunais que adoptem este modelo (originário dos Estados Unidos da América mas adoptado noutros países como aconteceu recentemente em Israel) o apuramento da licitude ou ilicitude, através da análise de determinadas circunstâncias, da utilização de uma obra protegida sem o consentimento do seu autor. Esta teoria foi desenvolvida pela jurisprudência americana, e posteriormente incorporada no *United States Copyright Act of 1976*, secções 107 e seguintes, do Capítulo 1 do Título 17 do *United States Code*.

Para determinar se a utilização de uma obra está ou não abrangida pelo *fair use*, ou seja, se pode ser utilizada independentemente do assentimento do autor, é necessário que ela se dirija a determinados fins (educação, comentários, críticas, informação, investigação, entre outros), regulados nas secções 108 a 122 do diploma *supra* mencionado. Relativamente aos fins a que se referem as secções acima mencionadas do *Copyright Act* americano, resta dizer, que estes são apenas enunciativos, permitindo que se considerem como *fair* outras situações que não caibam na órbita dessa norma.

É necessário também que se verifiquem, *entre outros* (sublinhado nosso), quatro critérios. Neste sentido, importa que fique claro que os factores são delimitados de forma não exaustiva, permitindo aos tribunais a apreciação de outros. Este é um critério que possibilita ao aplicador do Direito uma aplicação, *in casu*, bastante ampla. Os quatro factores são os seguintes: o objectivo e carácter da utilização; a natureza da obra protegida; a quantidade e substância da parte utilizada; e por último, se a acção afecta as possibilidades de exploração da obra pelo autor.

O primeiro factor assenta no facto de o uso da obra se destinar a fins comerciais ou lucrativos. Disto decorre que o apuramento do objectivo da utilização da obra é fulcral para essa análise. Este critério questiona se o uso em questão visa razões de promoção pessoal ou lucro. Nestes termos, apesar de não podermos confirmar esta proporcionalidade, em princípio, quanto maior for a vantagem económica obtida, maior será a probabilidade de a utilização da obra não ser abrangida pelo *fair use*.

O segundo critério (natureza da obra protegida) baseia-se na protecção da originalidade da obra. Se é um romance, um documentário, uma notícia jornalística,

uma base de dados electrónica, um caderno de apontamentos ou umas páginas amarelas. O nível ou camada de protecção de um romance não é o mesmo do das páginas amarelas, devido ao facto de o grau de criatividade de ambos não ser comparável. Nesta sede é importante distinguir as obras fácticas das mais criativas¹¹. O direito de autor pode ser, nestes termos, mais forte ou mais fraco, apesar de não depender da qualidade ou mérito da obra. Nas obras de carácter fáctico, naturalmente, será mais alargado o âmbito em que a utilização se pode considerar justa¹².

O terceiro factor (quantidade e substância da parte utilizada) assenta na quantidade e na substancialidade da parte do trabalho original, que foi incorporada no novo trabalho. Em princípio, quanto menor for a percentagem de trabalho retirada, maior será a probabilidade de a utilização consubstanciar um “uso justo”. De acordo com o presente critério, a utilização do “coração da obra”, não será, em regra, passível de encerrar uma utilização livre. Assim, neste critério, importa ter em conta, não só aspectos quantitativos, mas também aspectos substanciais.

O último critério, o efeito do uso relativamente ao mercado potencial ou valor do trabalho sob direito de autor, é considerado o mais importante. O tribunal não investiga apenas se o uso do trabalho danificou significativamente o mercado do detentor dos direitos de autor, mas também o que acontecerá ao mercado se se espalharem novos usos desse trabalho. Assim, a parte retirada, poderá ser utilizada para fins comerciais mas não poderá frustrar os ganhos financeiros do titular da obra original. Deverá também o tribunal ter em conta se o uso age como um substituto do trabalho original. Por outro lado, há certos tipos de dano ao mercado que não são contrários ao *fair use*, é o caso das paródias ou críticas negativas. Em princípio, não se frustra o negócio original porque os bens que estão em causa são distintos. No entanto, poderá existir um problema que cai fora da esfera do direito da propriedade intelectual.

A especial importância dada a este último factor traduz a índole economicista que se pode atribuir à cláusula geral de *fair use* e que se baseia, como ficou referido *supra* no sistema de *Copyright* caracterizador do direito anglo-americano. Como refere CLÁUDIA TRABUCO, “a impossibilidade do mercado em garantir a negociação do consentimento do autor, de que possa resultar um incentivo para este último e,

¹¹ TRABUCO, Cláudia - *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, p. 498.

¹² *Ibidem*, p. 498.

simultaneamente, a continuação da maior disseminação das obras entre o público”¹³, determina uma das principais justificações do recurso ao *fair use*.

Em suma, como ficou referido, os quatro critérios enunciados são indicativos e não pressupõem uma aplicação imediata, funcionando apenas como guias na qualificação do *fair use*. Devem ser, de facto, ponderados na determinação do “uso justo”, mas não se exclui a apreciação de outros factores, que relevem nas circunstâncias do caso concreto. Pelo exposto, ao contrário do que acontece no sistema comunitário de utilizações livres, os fins indicados nas secções 108 e seguintes, não são taxativos. Outras situações que não se encontrem especificamente reguladas podem ser consideradas *fair use*, sendo o critério de aferição o da cláusula geral contida na secção 107. É precisamente neste ponto que impende uma das grandes diferenças entre o sistema norte-americano e o sistema comunitário.

2. O *fair dealing*

O modelo de *fair dealing*¹⁴ permite, tal como acabado de referir no ponto anterior, que uma obra possa ser utilizada sem que para tal tenha que existir um acordo entre as partes¹⁵ (o utilizador e o autor).

Contrariamente ao que acontece no direito americano, no sistema anglo-saxónico (e também, por exemplo, nos *Copyright Acts* da Austrália e do Canadá), o *fair dealing* só é permitido nos casos expressamente elencados na sua Lei referente à Propriedade Intelectual e em específico aos Direitos de Autor – o *Copyright, Designs and Patents Act of 1988*, capítulo III, secções 29 e 30¹⁶. Contudo, para que haja uma limitação ao *copyright*, não só é indispensável que uma dessas categorias esteja preenchida, mas também é necessário que se demonstre que o uso em questão é justo¹⁷. Há, assim, duas condições a preencher. Por um lado, a inserção do uso numa das condições previstas, tal como ocorre no direito português, e por outro, a comprovação,

¹³ *Ibidem*, p. 498.

¹⁴ O que se quer dizer com *dealing* é apenas que o réu fez uso da obra em questão. BENTLY, Lionel; SHERMAN, Brad - *Intellectual Property Law*, p. 194.

¹⁵ BENTLY, Lionel; SHERMAN, Brad - *Intellectual Property Law*, p. 194.

¹⁶ A secção 29 do *Copyright, Designs and Patents Act* correspondente aos casos de “*research or private study*” e a secção 30 reportando-se aos casos de “*criticism and review*” e “*reporting current events*”.

¹⁷ BENTLY, Lionel; SHERMAN, Brad - *Intellectual Property Law*, p. 195.

através de diversos factores, de que o uso é justo, à semelhança do que acontece no direito americano. Apesar do *Copyright, Designs and Patents Act* não oferecer, diferentemente do que se passa no *United States Copyright Act*, os critérios para avaliação do *fair dealing*, os juízes do Reino Unido foram formulando esses factores, em grande parte semelhantes aos factores obrigatórios originários do *fair use*¹⁸. A importância de cada um dos factores varia de acordo com o caso concreto e com o tipo de utilização em análise¹⁹.

Nestes termos, consideramos que este é um sistema misto, pois encerra características de dois outros sistemas. O grau de exigência para que se possa considerar que o uso é livre é maior do que o previsto no direito português e no direito americano, pois são conjugados factores caracterizadores de dois sistemas distintos. Assim, podemos dizer, que o sistema anglo-saxónico é, destes três sistemas o mais proteccionista dos direitos do titular da obra original, pelo menos no que respeita à existência de uma dupla exigência na caracterização do uso como livre. A exigência adicional, do preenchimento de certos factores como a quantidade retirada, o uso que será feito da obra, os motivos da utilização, e as suas consequências relativamente à exploração económica da obra por parte do autor^{20 21}, à semelhança do que acontece no sistema de *fair use* e a sua conjugação com uma lista taxativa de usos livres tornam este sistema consideravelmente menos flexível do que o sistema originário dos Estados Unidos. Por um lado, devido à lista taxativa de usos livres, mais similar ao sistema da utilização livre da obra proveniente do sistema comunitário, embora este adopte a regra dos três passos (que será desenvolvida mais adiante²²) como elemento de flexibilização. Por outro, mais aproximado do *fair use* pela semelhança dos factores enunciados em ambos os sistemas.

¹⁸ MAKEEN, Fouad Makeen – *Copyright in a global information society – the scope of copyright protection under international US, UK and French Law*, p. 157.

¹⁹ BENTLY, Lionel; SHERMAN, Brad - *Intellectual Property Law*, p. 195.

²⁰ Sendo este último factor, também como no *fair use*, visto como o mais importante na aferição do *fair dealing*: HUGENHOLTZ, P. Brent - *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, p. 75.

²¹ Mas ainda outros, como o facto de a obra ter sido publicada ou a forma como esta foi obtida - BENTLY, Lionel; SHERMAN, Brad - *Intellectual Property Law*, p. 195.

²² Cfr. *infra*, p. 17.

À semelhança do que acontece no direito português (artigo 76.º n.º1 alínea a)), tem que existir um *sufficient acknowledgment*²³, ou seja, uma identificação do nome da obra e do nome do autor.

Resta referir, que assim como o *fair use*, o *fair dealing* é invocado judicialmente, sendo alegada a violação de um direito de autor e cabendo ao utilizador (réu na acção proposta) provar que determinada disposição legal que consagra o *fair dealing* se aplica ao seu caso (é o que se denomina de *affirmative defense*).

Por último, releva mencionar que esta doutrina, ao contrário do que acontece no direito português, não reconhece expressamente um direito à cópia para uso privado. Ficam, apenas, ressalvados os casos de *time shifting*²⁴, ou seja, da gravação de uma determinada programação através de um meio de armazenamento digital, para que o visionamento ou audição possa ser feito numa altura mais conveniente ao utilizador, desde que o seu objectivo seja o de permitir que possam ser vistos exclusivamente no uso privado e doméstico.

3. A Directiva 2001/29/CE e a utilização livre da obra no direito português

O modelo europeu é distinto do modelo de *fair use* existente nos Estados Unidos, modelo este tipicamente característico de um sistema de *common law*. O sistema comunitário (caracterizado pela *civil law*) resulta da Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, sobre a harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

²³ *Ibidem*, p. 198.

²⁴ BENTLY, Lionel; SHERMAN, Brad - *Intellectual Property Law*, p. 223 e 229 – “At present UK law only allows home taping for the purpose of time shifting”. Vide secção 70 do *Copyright, Designs and Patents Act of 1988*.

Também nos Estados Unidos se permitiram, em 1984, através de uma decisão do Supremo Tribunal Americano no caso *Sony Corporation v. Universal Studios, Inc*, as gravações de programas *off-the-air* por indivíduos com o fim de reprodução desses conteúdos num meio familiar, qualificando essas utilizações como *fair use*.

A mencionada Directiva, ao contrário do que acontece com a Convenção de Berna, o Acordo ADPIC e o WCT, contém, no seu artigo 5.º, uma vasta lista de excepções ou limitações²⁵ aos direitos atribuídos aos autores das obras intelectuais.

Apresentando um *numerus clausus* de restrições, ou seja, uma lista taxativa de usos livres, a Directiva traduz um paradigma mais proteccionista do que o apresentado pelo direito americano, tal como, em geral, acontece com o Direito da Propriedade Intelectual e nomeadamente com os direitos autorais.

De acordo com a Directiva, os Estados-Membros, aquando da sua transposição, podem optar pela não consagração de todas as excepções aí previstas ou até por não consagrar qualquer limitação, como resulta do número 2 do artigo 5.º, “os Estados-Membros *podem* prever excepções ou limitações” (sublinhado nosso).

Porém, não poderão optar pela inclusão, nas suas legislações, de outras limitações que não façam parte da lista prevista no diploma comunitário.

Importante será referir que este instrumento comunitário começa por fazer uma delimitação negativa do conceito de reprodução, como resulta do seu artigo 5.º n.º 1.

Seguidamente, a Directiva apresenta, em relação ao artigo 5.º, no seu número 2, excepções relativas ao direito de reprodução, no seu número 3, excepções relativas ao direito de reprodução e comunicação ao público e por último, no número 4, excepções relativas ao direito de distribuição. Todas estas facultativas.

No entanto, apesar de a lista consagrada ao longo do artigo 5.º da Directiva prever excepções opcionais, há uma limitação obrigatória, a da reprodução da obra para uso privado, prevista no número 1 do artigo referido acima.

Por sua vez, no número 5 do artigo 5.º da Directiva, determina-se a sujeição das limitações atrás referidas à regra dos três passos. Nestes termos, apenas serão aplicáveis as limitações que não conflituem com a exploração normal da obra e que não causem um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Os temas do uso privado e da regra dos três passos serão tratados mais adiante²⁶.

As limitações e excepções à regra do direito exclusivo, patentes no leque apresentado pela Directiva, que a lei atribui ao criador intelectual, prendem-se com a

²⁵ Ao longo deste trabalho não iremos fazer considerações acerca da expressão que deve ser utilizada. Utilizaremos os termos “excepções” e “limitações” indistintamente, aliás como o faz a grande maioria da doutrina e como são utilizados na maior parte dos diplomas legais.

²⁶ Cfr. *Infra*, Capítulos III e IV.

necessidade de assegurar a fluência da informação e são razões de ordem científica, didáctica ou cultural.

No direito português, por virtude da transposição da Directiva, este tema vem regulado no artigo 75.º do CDADC relativamente ao direito de autor. Ao enunciar um “catálogo fechado”²⁷ de utilizações livres, o sistema português, não permite que sejam acrescentadas outras situações que não estejam aí expressamente descritas. Como dissemos atrás, esta é a grande diferença entre o modelo norte-americano de *fair use* e o modelo europeu.

Esta matéria vem regulada, no que respeita aos direitos conexos, no artigo 189.º. A nossa análise irá basear-se essencialmente na análise do artigo 75.º, sem prejuízo de fazermos breves referências ao regime relacionado com os direitos conexos.

Dentro do leque de excepções enunciadas pelo artigo 75.º, encontra-se o uso privado da obra (única limitação de transposição obrigatória), que irá ser abordado de forma mais desenvolvida no Capítulo III. Este aparece consagrado no número 2 alínea a) do artigo *supra* citado, no artigo 81.º alínea b) e no artigo 189.º.

Relativamente às restantes alíneas, parece-nos que todas elas apresentam um fundamento válido. Portugal, tal como os restantes Estados-Membros da União Europeia, procedeu à transposição da Directiva, consagrando as limitações que reputou como as mais relevantes.

Importa referir que não está consagrado no catálogo de excepções, o caso da caricatura, paródia ou *pastiche* à obra original, que são permitidos pela Directiva (artigo 5.º n.º 3 alínea k)). Mesmo defendendo que a paródia decorre dos limites ao objecto de protecção, nomeadamente do artigo 2.º n.º1 alínea n) e até do artigo 75.º n.º2 alínea g), a solução ideal, de acordo com o sistema preconizado, teria sido a sua consagração expressa no leque das utilizações livres²⁸.

É importante ainda mencionar a alínea o) do artigo 5.º da Directiva, que admite a manutenção de restrições nacionais já existentes. Com duas condicionantes, por um lado, desde que essas excepções se relacionem com a utilização analógica e por outro, desde que a livre circulação de bens e serviços na Comunidade não fique condicionada.

²⁷ DIAS PEREIRA, Alexandre - *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, p. 498.

²⁸ DIAS PEREIRA, Alexandre - *Fair use e direitos de autor (entre a regra e a excepção)*, p.868.

A justificação da manutenção dessas limitações baseia-se também na sua “menor importância”²⁹.

Resta acrescentar que a nível comunitário, sendo a listagem apresentada opcional, a harmonização normativa torna-se mais distante, frustrando-se, deste modo, um dos objectivos principais da Directiva³⁰. O objectivo de harmonização comunitária no âmbito da Directiva 2001/29/CE e a revisão do CDADC deu-se devido à necessidade de regular alguns aspectos no campo da informática³¹ e de adaptar os direitos de autor ao novo ambiente digital.

²⁹ O objectivo da *minor reservations doctrine* traduz-se na permissão dada às legislações nacionais no sentido da autorização de certas limitações aos direitos de autor, tradicionalmente em relação aos *public performance rights*. Esta doutrina baseia-se ainda na regra *de minimis*, isto é, quando estejam em causa prejuízos mínimos para o titular do direito de autor. Em relação com esta doutrina está a regra dos três passos, pois ambas resultam da ponderação e consideração do rumo a dar às limitações aos direitos de autor. SENFTLEBEN, Martin - *Copyright, Limitations and the three-step test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, p. 45 e seguintes e 198-201; GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, Bernt – *International Copyright (Principles, Law and Practice)*, p. 361.

³⁰ Vide Considerando 1 da Directiva.

³¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *A transposição da directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade de informação*, p. 916.

CAPÍTULO II - COMPARAÇÃO ENTRE O SISTEMA COMUNITÁRIO E O SISTEMA NORTE-AMERICANO DE *FAIR USE*

Neste ponto iremos apresentar argumentos a favor e contra o sistema de *fair use* por contraposição às utilizações livres, sistema criado pelos ordenamentos romanísticos.

O sistema americano tem sido muito criticado pela doutrina. Em primeiro lugar, utiliza um método que, sendo disciplinado por limites legais a apurar casuisticamente (a consideração dos quatro factores), se pode tornar discricionário. Neste contexto, o tratamento das situações concretas torna-se, com grande facilidade, muito subjectivo, exactamente porque é conferido aos juízes um amplo poder e uma reduzida orientação. Duas situações semelhantes podem ser tratadas de forma diferente, sendo que o contrário também será válido, podendo a resolução do litígio dar azo a uma solução inesperada. O sistema em questão é ainda criticado devido ao facto dos factores pelos quais se deve reger a decisão do juiz serem em si criticáveis. Apesar de não serem os únicos, os já existentes podem não determinar, no caso de todos versarem no mesmo sentido, sempre e indubitavelmente a resolução mais correcta e coerente da situação concreta. O sistema é criticado pela doutrina pois apesar de algumas especificações positivas consagradas na lei e da lista enunciativa consagrada na secção 108 do *Copyright Act*, em comparação com a utilização livre da obra no contexto comunitário, não assegura tão eficazmente a segurança e certeza jurídica

Em nossa opinião, não será assim necessariamente, e caso se considere que assim é relativamente ao *fair use*, o mesmo se pode dizer para o sistema comunitário, como será explicitado em seguida. Nesse contexto, há autores que sugerem que esta doutrina seja erradicada e propõem um sistema de licenças compulsórias^{32 33}, ou seja, de uma suspensão temporária da exclusividade do titular de direito de autor, permitindo a sua utilização sem a autorização do primeiro.

A Directiva da Sociedade de Informação consagrou a regra dos três passos como tentativa de criação de uma válvula de escape ao sistema apertado da utilização livre, determinando se o caso concreto se adapta à lógica do sistema. Esta regra é considerada

³² Tal como enuncia DIAS PEREIRA, Alexandre - *Fair use e direitos de autor (entre a regra e a excepção)*, p. 859. FISHER, William W. - *Reconstructing the fair use doctrine*, p. 10.

³³ Denominadas também de licenças sujeitas a compensação - *compensated licenses* - GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, Bernt - *International Copyright (Principles, Law and Practice)*, p. 360.

como estando mais próxima do sistema norte-americano, tanto pela suposta flexibilidade que em si encerra, como pelo pendor mais economicista que apresenta. Todavia, a regra dos três passos, aliada às limitações impostas pelo direito comunitário, acaba por não apelar à flexibilidade na delimitação negativa dos direitos de autor tal como seria por nós desejado. A tão mencionada pela doutrina válvula de escape é, em nossa opinião, uma válvula de não escape. Este sistema apresenta uma falta de previsibilidade para o utilizador em relação às utilizações livres que a lei lhe concede, potenciada pelo facto de, em primeira instância, uma determinada utilização ser livre e em fase posterior, perante um tribunal poder ser declarada ilícita por não preencher um dos critérios da regra dos três passos³⁴. O que causa, sem dúvida, insegurança jurídica para os beneficiários das excepções. A regra dos três passos acaba por apresentar um segundo crivo. Ou seja, os sistemas comunitários estão sujeitos a um duplo crivo. Por um lado, a lista taxativa e por outro, a regra dos três passos.

Razões imperiosas se levantam a favor da adopção de um sistema de *fair use*. Trata-se de um método mais flexível, maleável e equitativo. Efectivamente, sendo um critério geral, pode ser aplicado a uma quantidade infindável de situações concretas. Todas as hipóteses são enquadráveis através de um sistema deste tipo. Por seu turno, a lista taxativa de utilizações livres pode ser ultrapassada pela constante mutação do mundo em que vivemos ao não permitir outras situações para além das previstas na lista (taxativa) de usos livres.

A regra dos três passos, apesar da tentativa de se apresentar como um elemento flexibilizador do sistema taxativo das utilizações livres, acabou por ficar muito aquém das suas potencialidades. O facto de os três critérios da mencionada regra serem os únicos a ter em conta, ao contrário do que acontece na regra do *fair use*, que permite que outros, para além dos que enuncia, sejam tidos em consideração, reduz em grande escala as suas possibilidades de se adaptar e de cumprir o objectivo último da existência destas regras, que é o equilíbrio de interesses entre os intervenientes. Nomeadamente, a maior flexibilidade do sistema de “uso justo” permite uma consequente capacidade de adaptação aos desafios das novas tecnologias.

Entendemos, tal como o ilustre Professor Doutor OLIVEIRA ASCENSÃO, que a adopção de um sistema de taxatividade em conjugação com uma regra como esta dos

³⁴ GEIGER, Christophe - *The role of the three step test in the adaptation of copyright law to the information society*, p. 15.

três passos apresenta uma contradição³⁵. Como refere o douto Professor, “Se se faz uma enumeração taxativa, como se vem depois dizer que as restrições só se aplicam em certos casos especiais?”, “Quer dizer que as várias previsões ainda ficam restringidas no momento da aplicação, por só poderem ser aplicadas em casos especiais?”³⁶. Não se pode formular uma regra fechada e tentar atribuir ao julgador uma liberdade de criação. Com este sistema, acaba por ser consagrada uma regra altamente proteccionista de apenas um dos interesses em confronto, o dos titulares de direitos de autor.

Relativamente à eficiência económica, esta é garantida de forma mais conveniente pelo *fair use*. O sistema europeu, por seu turno, em comparação com o sistema de *fair use* é mais rígido e mostra uma grande falta de adaptação aos desafios vindouros de um mundo em constante mudança.

Num sistema de *civil law*, de acordo com a sua estrutura e formulação das suas regras, a figura do *fair use*, parece não se enquadrar. Os regimes romanísticos, totalmente codificados parecem objectar a este tipo de cláusulas gerais, que sendo bastante mais flexíveis, permitem o julgamento casuístico de forma muito mais completa.

Em nossa opinião, apesar da dificuldade prática que seria a implementação de um sistema aberto, que não se coaduna com a tendência codificadora do país em que vivemos e dos restantes ordenamentos jurídicos europeus, acreditamos que a abertura sistemática não a um método de *fair use*, mas sim a uma maior maleabilidade dos instrumentos de que estamos dotados, seria bastante mais favorável aos interesses em jogo.

É, neste contexto, importante ressaltar que não são só os interesses do titular do direito de autor, a sua personalidade e propriedade, que estão em causa. Eles colidem frontalmente com direitos dos utilizadores da obra, que, por tudo o que já ficou dito, também merecem ser protegidos.

Há autores que consideram que a figura do *fair use* não seria adaptável a um sistema de *civil law*, pois deixar ao arbítrio do julgador a decisão acerca da licitude ou ilicitude da utilização de uma obra intelectual protegida seria contrariar a lógica do

³⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *A transposição da directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade de informação*, p. 921.

³⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *O fair use no Direito Autoral*, p. 93.

sistema jurídico não baseado em *case-law* em que as exigências de legalidade se opõem a este tipo de cláusulas abertas³⁷.

Uma solução possível e que nos parece não ser proibida pela disposição legal que a consagra, nomeadamente, no que concerne ao direito português, seria a de considerar os três passos da regra como três factores entre outros que possam ser apurados na análise da aplicação da excepção. Mas não como únicos critérios³⁸.

A própria regra dos três passos como foi concebida na Conferência de Estocolmo, apesar de se reportar apenas ao direito de reprodução, era um instrumento muito mais flexível do que actualmente se encontra consagrado nas legislações comunitárias, pois não sujeitava a existência de limitações ao direito exclusivo do autor a uma lista taxativa, antes permitia que todos os usos fossem enquadráveis numa excepção desse tipo, caso preenchessem os três critérios. A globalidade da regra actual é duplamente rígida. Como já ficou dito, por conter uma lista taxativa de usos livres e por contemplar uma regra interpretativa restrita a três critérios.

O equilíbrio de interesses beneficiária, certamente, com a abertura deste sistema, no sentido de se passar da taxatividade à enunciação. Ou através da possibilidade de introdução de outros critérios interpretativos em relação à regra dos três passos, ou, indo-se mais além, através da abertura da lista a outras utilizações se preenchidos os factores interpretativos necessários para se chegar a uma conclusão. Ou até, através da analogia como propõe uma DECLARAÇÃO DO INSTITUTO MAX PLANCK, que será abordada mais adiante³⁹.

³⁷ DIAS PEREIRA, Alexandre - *Fair use e direitos de autor (entre a regra e a excepção)*, p. 855.

³⁸ GEIGER, Christophe - *The role of the three step test in the adaptation of copyright law to the information society*, p. 19.

³⁹ Cfr. *Infra*, p. 20.

CAPÍTULO III - A REGRA DOS TRÊS PASSOS

4. A regra dos três passos e seus fundamentos

A regra dos três passos (*the three-step test*) teve a sua origem na Convenção de Berna (no seu artigo 9.º, n.º2). Encontra-se ainda regulada no artigo 13.º do acordo TRIPS, no artigo 10.º n.º 1 do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor e ainda no artigo 16.º n.º 2 do Tratado da OMPI sobre interpretações e execuções de fonogramas. Entre nós encontra-se consagrada no artigo 75.º n.º 4 do CDADC por efeito da transposição da Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001 (no artigo 5.º n.º 5).

Afirmando-se desde sempre como uma cláusula aberta, permite uma aplicação heterogénea a diferentes países com diferentes culturas e perspectivas culturais e sócio económicas distintas⁴⁰. A possibilidade de adaptação a diversas realidades é, sem dúvida, uma das suas grandes vantagens, que permitindo esse ajuste, estabelece, por outro lado, os princípios basilares para a adopção das restrições ao direito de autor contribuindo para o equilíbrio de interesses que tanto se pretende ver conseguido.

A regra em estudo apresenta-se como um limite às excepções que consubstanciam utilizações livres da obra, nomeadamente à cópia privada, matéria que será tratada mais adiante no presente capítulo.

Neste contexto, não basta que seja preenchida uma das excepções para que o uso da obra se torne livre, é também necessário que o teste constante do artigo 75.º n.º 4 esteja completo e assegure os direitos em questão. Como considera PEDRO CORDEIRO, em abstracto, nenhuma das limitações consagradas viola a regra dos três passos, porém, cabe ao aplicador, *in casu*, assegurar que essas mesmas excepções são compatíveis com a mencionada regra⁴¹. O teste dos três passos aparece como um meio de prevenção contra a aplicação excessiva de limitações ao direito de autor.

Ainda que tendo um cariz geral, a regra dos três passos, não deixa de ser uma norma de aplicação concreta. A aferição da compatibilidade das limitações com a regra dos três passos apenas se verifica caso a utilização em apreço seja uma das previstas

⁴⁰ SENFTLEBEN, Martin - *Copyright, Limitations and the three-step test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, p. 1.

⁴¹ CORDEIRO, Pedro - *Limitações e Excepções sobre a Regra dos três passos e nas Legislações Nacionais – Diferenças entre o Meio Analógico e o Digital*, p. 7.

pela lista taxativa de usos livres. Só assim se pode aplicar a regra dos três passos, pois não podem existir outras situações de utilização livre da obra que não sejam as previstas na lei, ao contrário do que acontece com o sistema de *fair use*.

Esta regra consagra três critérios. Em primeiro lugar, o caso concreto tem que poder ser enquadrado no conceito de “certos casos especiais”. Seguidamente, a utilização da obra não poderá atingir a sua “exploração normal”. Por último, os legítimos interesses do autor não poderão sair irrazoavelmente prejudicados pelo uso livre da obra.

A interpretação desta cláusula geral é susceptível de várias concretizações, sendo que a análise dos seus critérios será, inevitavelmente, uma análise subjectiva que dependerá, em grande parte, da posição de quem a está a analisar e da sua abordagem relativamente à questão da utilização livre da obra. Num sistema de *civil law*, cada caso será tratado, sem ser necessária uma referência a um caso anterior, sendo que só passado algum tempo poderá a doutrina começar a criar bases para a interpretação dos critérios da regra dos três passos. Como veremos no ponto seguinte, a interpretação dos critérios fornecidos pelo teste dos três passos não é simples e as orientações dadas são por vezes insuficientes.

5. Análise dos critérios que compõem a regra dos três passos

Os critérios enunciados pela regra dos três passos devem ser entendidos como cumulativos. As limitações devem preencher todos os critérios para que sejam permitidas. De acordo com a DECLARAÇÃO DO INSTITUTO MAX PLANCK, *Uma interpretação equilibrada do “teste dos três passos” do direito de autor*, nenhum passo deve ser avaliado isoladamente, devendo ser feita uma avaliação conjunta dos critérios, ao contrário do que a sua enunciação pode sugerir. Não haverá, deste modo, um sistema de prioridade na aplicação dos passos em análise.

A mencionada DECLARAÇÃO estabelece os princípios orientadores para a interpretação da regra em apreço, sendo este um dos poucos instrumentos acerca desta problemática. De acordo com esse documento, as limitações devem ser interpretadas tendo em consideração as suas finalidades, não impondo a regra dos três passos que seja feita uma interpretação restritiva. Os potenciais interesses conflitantes devem indicar o

rumo a tomar na interpretação da regra, de modo a assegurar a uma aplicação “adequada e equilibrada” das limitações⁴².

Relativamente à definição do primeiro critério, o termo “especial” deve ser interpretado no sentido de existir um número limitado de casos especiais. As excepções devem, assim, ser distinguíveis umas das outras⁴³. Por outro lado, uma excepção que possibilite um leque variado de usos não pode ser permitida⁴⁴. Neste sentido, a excepção deve ser delineada e precisa, não abarcando mais do que um uso. MARTIN SENFTLEBEN apresenta dois aspectos para a interpretação do que se pode considerar como “caso especial”. O aspecto quantitativo e o aspecto qualitativo da especialidade. O primeiro aspecto determina que só são permitidos casos especiais relativamente a um número privilegiado de usos e não a uma vasta categoria. Por seu turno, o aspecto qualitativo estabelece que uma justificação suficientemente forte tem que ser dada para que haja uma limitação do direito de autor. O carácter distinto e individualizado dos usos determina a sua especialidade. O autor é da opinião de que deve ser dada preferência ao segundo critério. As escolhas para determinação das limitações devem ser tomadas após uma cuidadosa pesagem de interesses no sentido da conciliação dos interesses potencialmente conflitantes, dos titulares de direito de autor, sejam estes os titulares originários ou os titulares subsequentes, por um lado, e os usuários de bens protegidos por esses direitos, por outro.

De acordo com a DECLARAÇÃO DO INSTITUTO MAX PLANCK, acima mencionada, o primeiro critério da regra não impossibilita, em primeiro lugar, os legisladores de “introduzirem limitações e excepções abertas, desde que o seu escopo seja razoavelmente previsível”, e em segundo, os tribunais de “aplicar limitações e excepções enunciadas na lei *mutatis mutandis* a circunstâncias factuais similares” ou ainda de “estabelecer novas limitações ou excepções”. A nosso ver, esta orientação pretende atribuir uma maior maleabilidade do teste em questão. No entanto, *de iure condito* parece-nos que esta indicação poderá ir contra o que ficou estabelecido na Directiva 29/2001/CE, pois esta não permite que os Estados Membros adoptem outras

⁴² DECLARAÇÃO DO INSTITUTO MAX PLANCK, *Uma interpretação equilibrada do “Teste dos Três Passos” do direito de autor*, p.1.

⁴³ SENFTLEBEN, Martin - *Copyright, Limitations and the three-step test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, p. 1.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 137.

limitações ou exceções para além das que se encontram no leque de opções por ela oferecido. Os Estados Membros podem até optar pela não consagração de nenhuma das exceções aí previstas, mas não podem consagrar outras que não essas. Ora, a *supra* referida DECLARAÇÃO, ao permitir que tanto o poder legislativo como o poder judiciário estabeleçam novas limitações ao Direito de Autor, para além das consagradas no sistema legal desse Estado, e apliquem analogicamente outras em relação com as já existentes está, claramente, a ir mais além do que a Directiva permite.

De iure constituendo, a solução baseada na criação de uma maior latitude oferecida ao intérprete de uma limitação ou excepção, de modo a ser conferida uma maior margem de manobra, ainda que dentro dos limites de razoabilidade (“desde que o seu escopo seja razoavelmente previsível”) para a aplicação por analogia, apresentada pela DECLARAÇÃO só favorece o sistema comunitário.

ALEXANDRE DIAS PEREIRA também acolhe este entendimento, considerando que a regra dos três passos permite, em articulação com a figura do abuso de direito, não só o apuramento de situações de utilização indevida da excepção mas também o julgamento de situações que, não estando expressamente previstas, e sejam fundamentadas em “boas razões”, justifiquem um tratamento análogo⁴⁵. O autor acima mencionado considera ainda que o recurso à equidade é sempre possível no sentido do alcance da justiça no caso concreto, recorrendo-se à conciliação entre a exclusividade da exploração económica do direito de autor e as liberdades fundamentais dos utilizadores privados⁴⁶.

Há ainda signatários da DECLARAÇÃO - como é o caso de KAMIEL KOELMAN - que consideram que a solução ideal seria a reformulação da regra, apesar de admitirem que será difícil que tal venha a acontecer⁴⁷. No entanto, *de iure condito* esta solução não deve ser adoptada por nenhum Estado Membro, pois este poderá, em nossa opinião, vir a ser punido por violação da Directiva comunitária.

O segundo passo prende-se com a averiguação da compatibilidade da utilização da obra com a sua “exploração normal” por parte do autor. O presente critério é talvez o mais complicado de interpretar. A decisão da OMC, firmada pelo painel na decisão de 15 de Junho de 2000 apresentou uma definição dos critérios adoptados pela regra dos três passos. Quanto ao critério em análise, entendeu que a sua interpretação se deve

⁴⁵ DIAS PEREIRA, Alexandre - *Fair use e direitos de autor (entre a regra e a excepção)*, p. 865.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 866.

⁴⁷ KOELMAN, Kamiel J. - *Fixing the Three-Step Test*, draft, p. 6.

reportar às formas de exploração que num determinado momento gerem um rendimento para o autor, bem como àquelas que, provavelmente, sejam susceptíveis de ganhar importância no futuro⁴⁸. A avaliação deste critério deve ter em consideração duas dimensões – uma empírica e uma normativa⁴⁹.

Acrescenta o Professor RICKETSON que se deve ter em conta um critério de razoabilidade na análise das formas de exploração económica da obra, pelo autor, susceptíveis de comportarem algum significado económico⁵⁰.

Adicionalmente, pode-se dizer que existe um conflito com a exploração normal da obra, no caso de o autor ser privado da comercialização, efectiva ou potencial e que traduza um certo grau de importância, da sua obra⁵¹.

Para se poder apurar se uma determinada utilização conflitua com a exploração normal da obra, tem que se determinar em que consiste essa “normalidade”. A “normalidade” acabada de referir prende-se com o aspecto empírico do critério⁵².

Mas como se pode saber que num certo momento a exploração normal da obra se traduz num determinado rendimento, e em momento futuro noutra? Como definir, o que relativamente a uma obra é uma exploração normal e relativamente a outra não o é? Isto porque dependendo da obra intelectual em questão e da sua natureza, do seu autor e de muitos outros factores, a exploração normal será distinta. Mesmo para a mesma obra, em determinadas circunstâncias, a exploração normal pode diferir. Depende se a obra acabou de ser lançada no mercado ou se, por outro lado, já está à venda há muitos anos. Se o autor é conhecido e já tem outras obras que foram comercializadas e se revelaram de sucesso ou se, por seu turno, é a primeira obra do autor. Depende também da altura em que é feita a análise. Diversas circunstâncias podem ser apontadas para num determinado momento se considerar uma exploração como normal.

⁴⁸ Decisão da Organização Mundial do Comércio, Painel de 15 de Junho de 2000, nota 18.

⁴⁹ GINSBURG, Jane - *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*, p. 14.

⁵⁰ Segundo RICKETSON (apud GINSBURG, Jane - *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*, p. 14): “the ways in which an author might reasonably be expected to exploit his work”.

⁵¹ SENFTLEBEN, Martin - *Copyright, Limitations and the three-step test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, p. 193.

⁵² GINSBURG, Jane - *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*, p. 14.

Tal como considera CHRISTOPHE GEIGER, entendemos que este conceito terá que ser concretizado por estudos económicos que muito dificilmente serão apresentados por uma das partes em litígio ou mesmo analisadas pelo aplicador do direito⁵³.

Solução mais simples será redefinir o conceito ou adoptar uma perspectiva mais restrita aquando da sua interpretação.

Doutro modo, com a quantidade de utilizações da obra realizadas no contexto digital, será difícil que não se prejudique a “exploração normal da obra”. Ou seja, a interpretação deste critério deve restringir o seu âmbito, caso contrário, funcionará, na grande maioria dos casos, como um obstáculo à admissibilidade das excepções na realidade da Internet. A verdade é que muitos utilizadores apenas usam determinadas obras por elas estarem à sua disposição na Internet e de forma gratuita, ou seja, se não estivessem, estes nunca as utilizariam porque, mesmo que pudessem, não as iriam adquirir. Parece-nos que, nestas situações, não há uma colisão com a exploração normal da obra. A menos que a utilização da obra fosse indispensável ao utilizador e este, não a tendo disponível, a adquirisse, se poderia pensar que existiria um conflito com este segundo passo. Neste contexto, a averiguação deste critério, prende-se, essencialmente, com considerações de ordem prática e económica que apenas poderão ser efectuadas casuisticamente.

No entendimento de MARTIN SENFTLEBEN, se se apurar que existe um conflito com a exploração normal da obra, o teste chega ao fim. Neste momento não há nenhum instrumento adicional de reconciliação de interesses entre o autor da obra e o utilizador, como acontece no terceiro critério⁵⁴. Não o entendemos assim. Tal como considerado na DECLARAÇÃO DO INSTITUTO MAX PLANCK, pensamos que os critérios da regra dos três passos devem ser avaliados em conjunto.

Limitações e excepções não entram em conflito com a exploração normal da obra, se “forem fundadas em interesses concorrentes importantes”, e se “tiverem o efeito de se contrapor a restrições não razoáveis à concorrência”, designadamente em

⁵³ GEIGER, Christophe - *The role of the three step test in the adaptation of copyright law to the information society*, p. 13, 16.

⁵⁴ SENFTLEBEN, Martin - *Copyright, Limitations and the three-step test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, p. 131.

mercados secundários, de forma particular nos casos em que seja garantida uma compensação adequada (quer seja por meios contratuais quer não)⁵⁵.

Em suma, entendemos que este conceito é um conceito que faz depender a sua aplicação de inúmeros factores e se trata de uma noção muito variável.

No que concerne ao terceiro critério, os interesses do autor têm que ser configurados como legítimos e o prejuízo causado como irrazoável. No que diz respeito aos interesses, estes devem ser consubstanciados em interesses protegidos pela lei⁵⁶. Os interesses em causa não podem ser os protegidos pelas normas sociais, pois isso criaria uma situação de incerteza jurídica insuportável⁵⁷. Quanto à razoabilidade do prejuízo, de acordo com a letra do preceito, conclui-se que haverá sempre a possibilidade de existir um prejuízo, nomeadamente no que diz respeito às cópias efectuadas no ambiente digital, mas esse poderá ser justificado ou razoável. Efectivamente, cremos que este critério está bem construído, pois em virtude da Revolução Tecnológica, o autor estará, na maior parte dos casos, sujeito a uma perda de benefícios económicos. O que não pode acontecer é que o prejuízo por si sofrido seja irrazoável. Nesta situação os diferentes interesses encontram-se e a possibilidade de prover o pagamento de uma compensação equitativa é essencial para repor, se necessário, a situação de razoabilidade do prejuízo⁵⁸. O último critério é o que permite mais facilmente um equilíbrio de interesses⁵⁹, devendo os interesses do autor e do utilizador poder ser conciliados com esta ajuda. Importa referir, que a possibilidade de pagamento da referida compensação apenas é possível no caso do terceiro critério, mas nunca do segundo⁶⁰. Ainda quanto ao último passo, importa referir através a utilização de termos como “legítimos interesses” e “irrazoável”, se permite que vários interesses da esfera

⁵⁵ DECLARAÇÃO DO INSTITUTO MAX PLANCK, *Uma interpretação equilibrada do “Teste dos Três Passos” do direito de autor*, p.4.

⁵⁶ RAMALHO, Ana Bárbara - *Direito de Autor e Cópia Privada*, p. 89; GERVAIS, Daniel J. - *Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step test*, p. 18.

⁵⁷ RAMALHO, Ana Bárbara - *Direito de Autor e Cópia Privada*, p. 89.

⁵⁸ SENFTLEBEN, Martin - *Copyright, Limitations and the three-step test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, p. 132

⁵⁹ *Ibidem*, p. 132; RAMALHO, Ana Bárbara - *Direito de Autor e Cópia Privada*, p. 89.

⁶⁰ SENFTLEBEN, Martin - *Copyright, Limitations and the three-step test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, p.132.

pública sejam tomados em consideração na análise do teste (são exemplos, o direito à privacidade e a liberdade de expressão)⁶¹.

Finalmente, resta dizer que uma limitação sujeita a compensação do autor ou do titular de direitos, mais facilmente passará no teste que acabámos de analisar⁶².

6. A regra dos três passos no direito português

No direito português, a regra dos três passos foi consagrada, não só no número 4 do artigo 75.º do CDADC, mas também nos seus números 2 e 3.

Apesar de ANA BÁRBARA RAMALHO considerar, que a regra acabou por ser consagrada de forma diversa da constante na Directiva, por um lado, na medida em que terá desaparecido o primeiro passo da regra, e por outro devido ao facto de a Directiva tratar distintamente as excepções e os casos especiais⁶³, não o entendemos assim. Segundo este pensamento, o legislador comunitário entendeu não bastar o enquadramento de uma determinada situação nas excepções previstas. Para além disso, essa excepção deverá consubstanciar, no caso concreto, um caso especial⁶⁴. Esta posição torna a admissibilidade da excepção mais restrita e a posição do beneficiário da excepção mais limitada. Não é esta a nossa interpretação da Directiva. A interpretação ultra-restritiva feita por esta autora não resulta da letra da Directiva, nem do seu espírito. Nesta sequência, do nosso ponto de vista, o primeiro passo da regra ficou consagrado na

⁶¹ HUGENHOLTZ, P. Bernt; OKEDIJI, Ruth L. – *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, p. 25.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ RAMALHO, Ana Bárbara – *Direito de Autor e Cópia Privada*, p.83 e 84 – “ (...) o legislador não terá seguido o mesmo entendimento, tendo em consideração que o número 5 do artigo 5.º trata as excepções dos números antecedentes e os “casos especiais” como sendo duas realidades distintas. Ou seja, ao invés de reportar a noção de casos especiais às excepções ao direito de reprodução, é a referida noção mais um elemento condicionante da aplicação das excepções legalmente previstas; pois (parece ser a proposição do legislador comunitário) não basta que se trate de uma excepção para que a mesma seja plenamente aplicável, é ainda necessário tratar-se, dentro do universo de situações que preenchem a condição de excepção, de um “caso especial” (sem prejuízo, já se vê, da obrigação de obediência aos restantes critérios constantes da regra dos três passos).”

⁶⁴ RAMALHO, Ana Bárbara - *Direito de Autor e Cópia Privada*, p. 84; OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *A transposição da directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade de informação*, p. 921.

lista taxativa patente nos números 2 e 3 do artigo 75.º. São esses os “casos especiais”, não havendo qualquer violação do Direito Comunitário.

Importa mencionar, que a regra dos três passos tal como originalmente consagrada na Convenção de Berna difere da reconhecida actualmente. Em primeiro lugar, esta apenas regulava as limitações e excepções relacionadas com o direito de reprodução. Por outro lado, a regra adoptada pela referida Convenção não sujeitava a possibilidade de utilização da obra a uma lista taxativa, ela destinava-se a operar quando não houvesse uma lista de restrições. Era um sistema mais flexível e mais parecido com o sistema de *fair use* e *fair dealing*⁶⁵, particularmente, porque admitia a possibilidade de enquadramento de todas as situações de utilização da obra, numa utilização livre, desde que preenchidos os seus critérios. Apesar de consagrada em 1886, a regra contida na Convenção de Berna, permitia fazer face a um número muito mais vasto de situações do que a versão da regra actualmente vigente. Concretizando, a regra dos três passos, como aparece hoje consagrada, nomeadamente no Direito Português, surge como um limite às excepções previstas ao direito de autor, restringindo em grande parte os interesses dos seus beneficiários. Por outro lado, a original regra dos três passos destinava-se aos seus signatários. Actualmente, e por virtude da transposição da Directiva, que assim o determina, a regra dos três passos é uma “cláusula geral de interpretação”⁶⁶ que visa a sua aplicação, pelos tribunais, na decisão dos casos concretos.

Outra das diferenças que encontramos entre os diversos instrumentos que consagram a regra dos três passos baseia-se na perspectiva dos interesses a ter em conta, em particular no que toca ao terceiro passo⁶⁷. A Directiva e o TRIPS referem-se aos interesses dos titulares de direitos, enquanto a Convenção de Berna e o CDADC mencionam os interesses dos autores.

A finalidade da regra dos três passos deve ser a procura do equilíbrio entre a multiplicidade de interesses em causa. Os titulares de direito de autor originários bem como subsequentes, por um lado, e os beneficiários das limitações, por outro. Deste modo, a utilização das expressões “autor” ou “titular de direitos de autor” não será inconsequente.

⁶⁵ FICSOR, Mihály - *The Law of Copyright and the Internet, The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, p. 280, 281.

⁶⁶ DIAS PEREIRA, Alexandre - *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, p. 552.

⁶⁷ GEIGER, Christophe - *The role of the three step test in the adaptation of copyright law to the information society*, p. 8.

Posição doutrinal curiosa e diferente da da maioria da doutrina acerca da regra dos três passos é a que considera a sua reversão⁶⁸. De acordo com a tese de DANIEL GERVAIS⁶⁹, o *fair use* e a regra dos três passos permitem apurar se um determinado uso da obra constitui ou não uma violação ao direito de autor, devendo a regra do *fair use* ser combinada com a regra dos três passos, de forma a construir o Direito de Autor do futuro.

A reversibilidade do teste traduzir-se-ia no facto de a excepção não permitir aquilo que, efectivamente, o direito de autor pretende proteger. Nesta perspectiva, qualquer uso que reduza substancialmente os benefícios financeiros que o autor possa razoavelmente esperar receber dentro das normais circunstâncias comerciais, será “injusto” se não for obtido o consentimento deste último. Assim, o que deve relevar não é se o utilizador obteve um benefício sem ter procedido a qualquer pagamento, mas sim se o utilizador deveria ter obtido a obra através de uma transacção comercial normal. Refere o autor, que a Internet modificou o conceito de “exploração normal da obra”. O acesso sem autorização, para fins privados, de material que esteja na Internet, na grande maioria dos casos deve ser considerado normal.

Outro autor que defende a reversibilidade da regra dos três passos é CHRISTOPHE GEIGER, que considera que a regra dos três passos necessita de ser repensada e lida de maneira diversa. Assim, o princípio seria a liberdade e a exclusividade do direito seria a excepção⁷⁰, ou seja, contrariamente ao que acontece actualmente em que a regra é a da exclusividade e a utilização livre é a excepção⁷¹.

⁶⁸ GERVAIS, Daniel J. - *Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step test* e GEIGER, Christophe - *The role of the three step test in the adaptation of copyright law to the information society*.

⁶⁹ GERVAIS, Daniel J. - *Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step test*, p. 28 e seguintes.

⁷⁰ GEIGER, Christophe - *The role of the three step test in the adaptation of copyright law to the information society*, p. 21.

⁷¹ Este autor vai ainda mais longe, admitindo a necessidade de repensar o princípio da exclusividade em que a Propriedade Intelectual se baseia e propondo a implementação de dois regimes, coexistentes, de direito de autor, possibilitando ao autor a escolha entre um e outro - um baseado no regime tradicional/clássico de protecção e outro baseado na “limitação-amigável” (“limitation-friendly”), muito vantajosa para os criadores de obras intelectuais. Cfr. GEIGER, Christophe - *Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law*, p. 515 a 548.

CAPÍTULO IV – O DIREITO DE REPRODUÇÃO E A CÓPIA PRIVADA

7. O direito de reprodução como direito exclusivo do autor

A reprodução traduz-se na proliferação de exemplares de uma obra. A sua definição pode ser aferida em sentido estrito ou em sentido lato, abrangendo a primeira apenas o conceito de reprodução, e a segunda, para além desse, também o conceito de fixação⁷². Este último vem consagrado no artigo 68.º n.º2 alínea d) do CDADC. A fixação é uma operação que é realizada em momento anterior à reprodução e traduz-se na materialização da obra num suporte (“aparelho”). Sem fixação da obra, não haverá reprodução. Por um lado, mesmo nos casos em que um texto ou uma gravação não saiam de um computador, haverá fixação. Por outro, a fixação pode ocorrer num suporte exterior ao computador ou no seu disco rígido.

O direito exclusivo pertencente ao autor resulta apenas de direitos económicos que lhe permitem retirar vantagens económicas da exploração da sua obra, tal como resulta do artigo 67.º n.º 1 do CDADC. Deste modo, o direito de reprodução trata-se de um direito exclusivo de exploração económica do autor, que pode ser exercido por este ou por terceiros mediante o seu consentimento (artigo 9.º, n.º 2). A primeira hipótese, traduz-se na exploração directa da obra, constituindo a segunda, no caso da cedência do direito (legal ou contratual), um caso de exploração indirecta. Por outro lado, pode o autor opor-se a quaisquer reproduções da sua obra realizadas por terceiros sem a sua autorização.

Outras faculdades económicas de natureza exclusiva são concedidas aos autores, é o caso do direito de comunicação ao público, do direito de colocação à disposição do público⁷³ e do direito de distribuição, como aliás resulta dos artigos 3.º e 4.º da Directiva, respectivamente, o que difere da tipologia germânica e da tipologia

⁷² RAMALHO, Ana Bárbara - *Direito de Autor e Cópia Privada*, p. 11.

⁷³ O direito de comunicação ao público traduz-se num conceito dinâmico, enquanto o direito de colocação à disposição do público é um conceito estático. Uma peça de teatro é uma comunicação ao público, bem assim como uma transmissão radiofónica. Já a colocação de uma obra na Internet está incluída no direito de colocação à disposição do público. CORDEIRO, Pedro - *Direito de Autor e Radiodifusão – Um estudo sobre o Direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital*, p. 391.

francesa⁷⁴. A transformação foi autonomizada, embora se possa considerar englobada no direito de reprodução⁷⁵. Posto isto, só o direito de reprodução será objecto de análise. O artigo que rege estas faculdades é o artigo 68.º. As alíneas a), c) e i), do seu n.º 2 contém exemplos de faculdades relacionadas com o direito de reprodução. A alínea f) trata do direito de distribuição. Por sua vez, a alínea b) refere-se ao direito de comunicação ao público, enquanto a alínea j) cuida do direito de colocação à disposição do público.

Reservados ao autor, em regime de exclusividade, encontram-se os actos de exploração económica, real ou potencial, da sua obra intelectual, afirmando o número 2 do artigo 67.º a sua protecção legal.

As utilidades económicas resultantes da exploração económica da obra através do direito de reprodução, constituem o objecto imediato do direito, enquanto o objecto mediato se baseia na obra intelectual em si mesma⁷⁶.

A sua regulação é apresentada pelo artigo 68.º n.º2 alínea i) e pelo número 2 alínea a) do artigo 75.º, (que correspondem, respectivamente, aos artigos 2.º e 5.º n.º 2 alínea b) da Directiva). A alínea a) atrás referida pode ser dividida em quatro blocos relativos às classificações do acto de reprodução. Assim, a reprodução pode ser directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, abrangendo parte ou a totalidade da obra. Cumpre verificar que a realização dos actos de reprodução abrange, não só, o ambiente analógico, mas também, o ambiente electrónico⁷⁷. Consequentemente, tanto a reprodução analógica como a reprodução sob a forma digital (pois, refere o artigo, “por qualquer meio”) se encontram abrangidas por esta faculdade patrimonial do autor.

Apenas uma referência aos actos de reprodução temporária “tecnicamente necessários”⁷⁸ que consubstanciam excepções ao direito de reprodução do autor e

⁷⁴ DIAS PEREIRA, Alexandre - *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, p. 493, distinguindo a primeira entre formas de exploração corpórea e formas de exploração incorpórea, e a segunda entre reprodução, a representação e a transformação.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 494.

⁷⁶ TRABUCO, Cláudia - *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, p. 701.

⁷⁷ *Vide* Considerando 31 da Directiva.

⁷⁸ DIAS PEREIRA, Alexandre - *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, p. 502.

portanto constituem utilizações legítimas autorizadas pela lei⁷⁹. É o caso do *caching* e do *browsing*⁸⁰. O primeiro mecanismo permite a “recriação de conteúdos para visualização ou impressão”⁸¹, traduzindo actos de armazenagem temporária na memória do computador. O segundo consubstancia certos actos que permitem a navegação na Internet, criando, em regra, cópias no disco rígido. No entanto, ao permitirem o funcionamento de um processo tecnológico, estes actos estão desprovidos de significado económico, resultando desse facto a sua permissão.

No entanto, podem existir outras excepções à exclusividade do direito de reprodução. O caso da cópia privada é um deles e será tratado no ponto 8 *infra*.

8. A cópia privada como limite ao direito de reprodução

Referimo-nos a cópia privada, como meio de delimitar o âmbito do presente ponto. O uso privado é um conceito muito mais abrangente e, devido ao facto de no ponto precedente apenas termos tratado de questões relacionadas com o direito de reprodução, neste ponto apenas trataremos da cópia privada.

Em termos introdutórios, podemos dizer que “é lícita, sem o consentimento do autor, a reprodução de obras e prestações protegidas, para fins exclusivamente privados, ou seja, a reprodução que é levada a cabo por uma pessoa singular, sem fim lucrativo, visando satisfazer necessidades pessoais do utilizador ou dos seus próximos”⁸².

Uma das questões que tem sido discutida pela doutrina prende-se com o âmbito de aplicação do uso privado. Consubstancia, o uso privado uma das limitações ao direito de reprodução exclusivo do autor? Ou foge este do âmbito de aplicação do direito exclusivo de reprodução?⁸³

⁷⁹ Vide artigo 5.º n.º 1 da Directiva e artigo 75.º n.º 1 do CDADC.

⁸⁰ Vide Considerando 33 da Directiva.

⁸¹ ROCHA, Manuel Lopes; CARREIRO, Henrique - *Guia da lei do Direito de Autor na sociedade de informação*, p.15.

⁸² MOURA VICENTE, Dário - *Cópia privada e sociedade da informação*, p.710.

⁸³ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, p. 200, “O uso privado não é excepção ao direito de reprodução, está pura e simplesmente fora do exclusivo que é outorgado ao autor.”, embora em publicação mais recente, *A transposição da Directriz N.º 01/29*, p. 926, 927, tenha já considerado que apenas fora do direito de reprodução o uso privado continua a ser uma “zona alheia ao direito de autor”.

Somos da opinião que o uso privado da obra consubstancia uma limitação ao direito de autor⁸⁴. O uso privado é, tal como outras exigências que presidem à consagração dos limites ao direito de autor, um interesse a ser levado em consideração em matéria de restrições ao direito de reprodução, fazendo parte do interesse público, da promoção do conhecimento e do acesso à informação.

O uso privado encontra-se regulado nos artigos 75.º n.º2 alínea a), 81.º alínea b) e 189.º n.º1 alínea a), este relativo a direitos conexos, todos do CDADC. Este limite, tal como já referimos⁸⁵, está também sujeito ao crivo subsequente da regra dos três passos⁸⁶.

Parece-nos que, apesar da existência de dois preceitos distintos, não existe uma necessidade de articulação entre eles. Simplesmente, o artigo 81.º alínea b) torna-se completamente desnecessário devido à conjugação das redacções do artigo 75.º n.º2 alínea a) e do seu número 4. Relativamente à única diferença entre os preceitos, que se prende com a última parte da alínea b) do artigo 81.º, da qual resulta que a reprodução não pode ser utilizada para “quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização”, esta é completamente inútil. É já referido na alínea a) do número 2 do artigo 75.º que o uso privado não pode visar estes fins.

Os interesses que presidiram à criação dos limites inerentes à cópia privada são, por um lado, a impossibilidade de controlo das situações que ocorrem na esfera privada, justificando-se este aspecto, não só, mas também, na protecção do direito à privacidade dos utilizadores e, por outro, os próprios interesses do utilizador e da sociedade em geral, como o acesso à informação e à cultura, a liberdade de expressão e de pensamento, o direito ao ensino entre outros.

Apenas uma palavra quanto ao beneficiário da cópia privada. Este deve ser uma “pessoa singular”. Quanto às pessoas colectivas, mesmo não existindo uma finalidade lucrativa, não podem ser beneficiárias da excepção que possibilita a cópia privada, embora em diversas situações se possa colocar o problema da identidade do

⁸⁴ Neste sentido, CARVALHO, Henrique - *O Uso Privado no Ambiente Digital*, p. 20. TRABUCO, Cláudia - *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, p. 506. Em sentido contrário, RAMALHO, Ana Bárbara - *Direito de Autor e Cópia Privada*, p.18, por considerar que se encontra fora do conteúdo patrimonial do direito de autor.

⁸⁵ *Vide supra*, p. 10

⁸⁶ CORDEIRO, Pedro - *Direito de Autor e Radiodifusão – Um estudo sobre o Direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital*, p. 388.

beneficiário, pois quem procede, na realidade, à cópia privada, será sempre uma pessoa singular⁸⁷. Assim, é importante que se apure a identidade do sujeito que usufrui da obra e não da pessoa que materialmente a realiza⁸⁸.

A cópia privada pode abranger parte ou a totalidade da obra, pois nenhuma restrição é feita pela lei relativamente a esta questão.

Quanto à aplicação da regra dos três passos a esta matéria, nomeadamente quanto ao segundo critério, temos sérias dúvidas quanto à sua viabilidade. Se no ambiente analógico se poderia colocar a questão, no ambiente digital, parece-nos deveras complicado, como já referimos, mas importa referir neste ponto em especial, que a utilização das obras não afecta a “exploração normal da obra”. Não nos referimos ao uso individualizado, mas sim às utilizações no seu conjunto⁸⁹. Esta questão afigura-se bastante mais importante no que diz respeito à cópia privada digital, pois a rapidez e a forma quase automática como se podem ser feitas cópias, bem como a sua verosimilhança relativamente ao original, tornam complicado considerar que o ambiente digital não provoca uma diminuição crucial da exploração económica da obra pelo seu autor original.

9. Compensação pelo uso privado da obra

A utilização da obra intelectual diz-se livre, por não ser necessário o consentimento do autor. No entanto, essa liberdade está sujeita a alguns condicionalismos, como é, por exemplo, o caso da indicação do nome do autor, do editor e do título da obra, tal como refere o artigo 76.º. Para além destes, que não levantam grandes problemas, passamos à análise de outros, esses sim que merecem uma análise mais detalhada.

Neste contexto, afigura-se relevante analisar os dois institutos que regem a atribuição ao autor de uma compensação pela utilização da sua obra, independentemente do seu consentimento. Por um lado, o direito ao pagamento de uma “remuneração equitativa”, e por outro, a compensação pela cópia privada.

⁸⁷ RAMALHO, Ana Bárbara - *Direito de Autor e Cópia Privada*, p. 18

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Tal como considera SALAZAR LEITE, Filipa - *Reprodução de Obras Colocadas em Rede e Protecção pelo Direito de Autor*, p. 158.

No âmbito do artigo 76.º do CDADC impôs-se a atribuição de uma remuneração equitativa para os titulares do direito de autor, dando-se, assim, uma relevância económica a algumas das limitações previstas no artigo anterior a este. É o que acontece no caso do uso privado (alínea a)), e nos casos das alíneas e), h) e p).

Relativamente ao conceito de remuneração equitativa, cabe referir que não concordamos com a sua utilização. A remuneração traduz-se numa contrapartida directa, numa contraprestação por algo. Ora, essa noção não se coaduna com o sistema criado. Além disso, a equidade da remuneração, pode não ser compatível com ela, pois no caso em que o fim último do sistema se baseia no equilíbrio de interesses entre os intervenientes, a justiça aplicada ao caso concreto e particular, não pode ter apenas em consideração os interesses do beneficiário da remuneração, sendo que, tendo em conta os interesses em jogo, até poderá acontecer que nada lhe seja devido (por exemplo, no caso de se verificar que não houve qualquer tipo de prejuízo para o autor). A previsão de uma compensação baseada na equidade tem em vista a elasticidade da norma no sentido da sua futura interpretação casuística e preenchimento de acordo com outros critérios, bem como a consideração da situação em que se encontram os interesses em confronto. Por outro lado, uma “remuneração” é sempre devida, independentemente da existência de um prejuízo para o seu beneficiário, e essa solução não é conforme às pretensões que estão na base da criação desta atribuição^{90 91}.

Por sua vez, o artigo 82.º do mesmo diploma, obriga à inclusão no preço de venda ao público, de determinados aparelhos que possam proceder a qualquer tipo de fixação ou reprodução, de uma quantia destinada a beneficiar os autores. Este sistema foi introduzido na Alemanha, por uma lei de 1965 e existe em pelo menos doze países da União Europeia⁹². A Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, regula esta matéria, não se aplicando aos “computadores, aos seus programas nem às bases de dados constituídas

⁹⁰ Pelo que ficou exposto, relativamente à compensação resultante do artigo 76.º, iremo-nos referir ao longo do texto a “compensação equitativa”. As referências ao regime de compensação baseado no artigo 82.º serão identificadas, ou pela menção do artigo, ou apenas pela referência a compensação.

⁹¹ Ao contrário do que entende GEIGER, Christophe - *Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law*, p. 529: “This “compensation” or “indemnity” terminology seems to imply that some kind of damage has to be redressed. (...) One should speak of “remuneration” instead of “compensation”. Hence, there would be remuneration by way of license and remuneration through a copyright limitation.”

⁹² REBELLO, Luiz Francisco - *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, p. 131.

por meios informáticos, bem como aos equipamentos de fixação e reprodução digitais”, como resulta do número 2 do artigo 1.º.

A Directiva prevê a possibilidade, e note-se, não a obrigatoriedade, dos Estados Membros adoptarem um sistema de compensação equitativa⁹³, deixando ao seu critério a escolha da forma e meios de cobrança que considerem pertinentes. Todavia, o principal critério a ter em consideração na escolha da forma, modalidades e possível nível da compensação será o do possível prejuízo para os titulares de direitos⁹⁴. Este não será o único critério possível, nem o critério decisivo na determinação da compensação, mas será apenas um dos que servem de base aos Estados para o seu cálculo. De acordo com a Directiva, outros critérios como o facto de o titular do direito já ter recebido pagamento sob qualquer outra forma, o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico, e o facto de o prejuízo ter sido diminuto⁹⁵, podem consubstanciar indícios para que não haja lugar ao pagamento da referida compensação.

No que toca à compensação prevista no artigo 82.º, importa referir, em primeira instância, que esta compensação tem por base um montante estabelecido *a priori*, sem qualquer conexão com o caso concreto, ao contrário do que acontece com a compensação equitativa prevista no artigo 76.º. Neste contexto, o que acaba por ser estabelecido é um valor simbólico a fim de justificar os prejuízos inevitavelmente causados ao autor da obra. Muitas legislações, como é o caso da Portuguesa, estabeleceram uma regulamentação de aplicação indiscriminada a diversos destinatários e aparelhos técnicos.

A regulação do artigo supracitado coloca uma série de questões que foram desenvolvidas no processo SGAE contra PADAWAN S.L.⁹⁶ e que reputamos bastante relevantes. Não iremos tratar de todas as questões prejudiciais, nem fazer uma análise do Acórdão, mas apenas problematizar de forma sucinta algumas das dúvidas que podem surgir relativamente a esta matéria e que o Acórdão ajuda a resolver. Assim, uma das questões prejudiciais colocadas ao Tribunal de Justiça prendia-se com a

⁹³ Vide Considerando 38.

⁹⁴ Vide Considerando 35.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Processo C-467/08 – Pedido de decisão prejudicial apresentado pela Audiencia Provincial de Barcelona em 31 de Outubro de 2008 – Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)/ Padawan, S.L. e parte interessada: Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Conclusões da Advogada Geral Verica Trstenjak, *in* www.curia.europa.eu.

compatibilidade da regulamentação estabelecida pelos Estados na definição de uma remuneração forfetária (do francês *forfait*), com a Directiva, já que esta não prevê a criação de um sistema deste género, mas apenas de uma compensação aferida de acordo com juízos de equidade. Em segundo, se a “taxa” aplicada, a ser cobrada indiscriminadamente, não só, a entes privados, mas também, a empresas e profissionais que utilizarão os ditos aparelhos para outras finalidades que não o uso privado, está conforme ao conceito de compensação equitativa.

Apenas uma nota relativamente à natureza da quantia em apreço. Não conhecemos os conceitos jurídicos espanhóis aplicáveis ao Direito Tributário e como tal decidimos manter a expressão “taxa” aquando da referência ao processo acima mencionado. No entanto, no Direito Português, esta compensação configura-se como um tributo, devido ao facto de não existir uma contrapartida em virtude do pagamento, como decorre do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 616/2003 de 16 de Dezembro. O Tribunal, apesar de não especificar a natureza deste tributo, considerou que a sua cobrança estaria sujeita ao regime dos impostos, declarando inconstitucionais por violação do artigo 103.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, os artigos 3.º números 1 e 2 da Lei n.º 62/98, por permitirem a fixação do montante da quantia relativa ao artigo 82.º por despacho ministerial ou por acordo⁹⁷.

No que diz respeito à primeira questão, as conclusões da advogada geral vão no sentido da permissão do direito comunitário para a criação de um sistema como o referido, embora não haja uma consagração expressa dessa possibilidade na Directiva⁹⁸. O que é necessário que exista é uma possibilidade de utilização do aparelho para a realização de cópias privadas, não sendo necessário o gozo efectivo dessa oportunidade mas apenas simples possibilidade desse gozo⁹⁹. A “taxa” em questão deve estar inteiramente relacionada com a finalidade referida no artigo 5.º n.º2 alínea b) da

⁹⁷ VICENTE, DÁRIO MOURA - *Cópia privada e sociedade da informação*, p. 13.

⁹⁸ Processo C-467/08 – Pedido de decisão prejudicial apresentado pela Audiencia Provincial de Barcelona em 31 de Outubro de 2008 – Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)/ Padawan, S.L. e parte interessada: Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Conclusões da Advogada Geral Verica Trstenjak, *in* www.curia.europa.eu.p.15.

⁹⁹ *Ibidem*, p.16.

Directiva¹⁰⁰. Assim, a lei parte da presunção de que, provavelmente, o comprador irá recorrer a essa opção¹⁰¹.

Relativamente ao segundo problema, a lei presume que o comprador dos mencionados aparelhos seja um ente individual e que a finalidade da utilização do aparelho seja o uso privado e a comercialização de cópias que possam ser realizadas a partir desses aparelhos¹⁰². A resposta à questão acima referida é a da não correspondência do conceito ao da compensação equitativa¹⁰³. Se a finalidade não se traduz no uso privado da obra, a utilização não consubstancia uma utilização livre da obra e, ou será atribuída uma outra remuneração ao autor, em princípio contratualizada, para que a empresa possa utilizar a obra, ou esta, comete um acto ilegal se assim não for. Não há aqui lugar a qualquer compensação equitativa pois, em princípio, a intenção da empresa ou profissionais é completamente alheia à cópia privada. O que se pode perguntar é se as empresas podem, efectivamente, comprar este tipo de aparelhos. Isto é, a presunção legal, neste caso, ruma em sentido contrário. Em princípio, o objectivo da compra dos aparelhos não será o uso privado. Torna-se difícil prever estas situações. Por um lado, não se pode proibir a compra destes aparelhos por pessoas colectivas, mas por outro, pode-se estar a potenciar uma situação de violação de um direito de autor.

Quanto à ligação entre os sistemas previstos nos artigos 76.º e 82.º, foi colocada outra questão na doutrina, que se prende com o facto de a existência destes dois modos de compensação do autor, poderem dar lugar a uma duplicação do pagamento efectuado¹⁰⁴. Todavia, os destinatários da cobrança do imposto não são os utilizadores mas sim os produtores e importadores dos aparelhos¹⁰⁵. No entanto, em princípio, o pagamento do imposto, fará com que seja acrescentado um valor ao preço do produto, a fim de cobrir o montante pago, sendo que em última instância, quem acabará por sofrer esse encargo será o comprador dos aparelhos. Nesse sentido, talvez possa parecer excessivo o “preço” que o utilizador terá que pagar para poder exercer um direito seu,

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.19.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.16.

¹⁰² *Ibidem*, p.17.

¹⁰³ *Ibidem*, p.19.

¹⁰⁴ SALAZAR LEITE, Filipa - *Reprodução de Obras Colocadas em Rede e Protecção pelo Direito de Autor*, p. 164.

¹⁰⁵ TRABUCO, Cláudia - *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, p. 529.

que é um direito concedido por lei, o direito à cópia privada. Há até quem considere que existe, no caso da cópia privada, uma remuneração do titular do direito autoral e não uma verdadeira e própria utilização livre, pois o campo de liberdade do utilizador fica consideravelmente reduzido. Neste contexto, compreendemos que a situação possa ser um pouco paradoxal. Se a própria lei estabelece a criação de uma limitação ao direito de autor, com vista à protecção dos interesses dos utilizadores, como pode depois estabelecer dois tipos de compensação financeira a atribuir ao autor? Mas importa também compreender que a remuneração auferida pelos autores em virtude dos sistemas referidos, não vai sequer cobrir os prejuízos que este teve na sequência da utilização livre da sua obra. A justificação para a criação das compensações previstas estriba-se no restabelecimento do equilíbrio de interesses, não sendo necessário o consentimento do autor, mas sendo-lhe atribuído o direito de receber uma compensação adequada pelas utilizações da sua obra¹⁰⁶.

Posição distinta da da maioria da doutrina relativamente a este aspecto é a de CLÁUDIA TRABUCO. A autora vê a compensação prevista no artigo 82.º como tendo uma natureza suplementar (por a sua obtenção nada ter a ver com a exploração económica decorrente do direito exclusivo do autor) e complementar (porque a sua existência não afasta a possibilidade de recebimento de outro tipo de remuneração por via da exploração) entendendo que esta se encontra perfeitamente legitimada¹⁰⁷. A generalidade da doutrina vê este mecanismo como uma correspondência da admissibilidade do uso privado. A autora que mencionámos não o vê dessa forma, mas antes como uma “resposta a um fenómeno fáctico incontornável, a uma impossibilidade prática de exercício do controlo negativo que a lei confere ao titular do direito de reprodução, no seio do qual as cópias privadas têm um lugar meramente secundário”¹⁰⁸. Nestes termos, não se deve entender a compensação como uma penalidade imposta aos utilizadores pela reprodução de obras para uso privado.

A natureza jurídica desta quantia tem sido muito discutida na doutrina. Caso se considere que se trata de uma remuneração, de uma indemnização pelos prejuízos sofridos pelos titulares de direitos, da restituição de um enriquecimento obtido à custa alheia, de um tributo, ou de um direito *sui generis*¹⁰⁹, a verdade é que, por enquanto, e

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 528.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 536 e 703.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 705 e 706.

¹⁰⁹ MOURA VICENTE, Dário - *Cópia privada e sociedade da informação*, p. 11 a 13.

nomeadamente, tendo em conta que as medidas tecnológicas de protecção não estão ainda desenvolvidas o suficiente, pensamos que este sistema deve continuar a existir, apesar de ficar muito aquém do desejado no ambiente digital.

No que respeita ao pagamento de uma compensação equitativa à luz do artigo 76.º, parece-nos totalmente aceitável e justificável a sua existência, na aplicação ao caso concreto, com o fim de se tentar alcançar o tão desejado equilíbrio de interesses.

Concluindo, os dois sistemas de compensação do autor devem vigorar, até que melhor solução seja encontrada, devido ao facto da sua aplicação se efectivar em momentos diferentes. A compensação prevista no artigo 82.º opera numa fase anterior ao uso da obra, enquanto a compensação equitativa se efectiva em momento posterior, dependendo da sua efectiva utilização.

CAPÍTULO V - AS MEDIDAS DE CARÁCTER TECNOLÓGICO - PROTECÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR NO CIBERESPAÇO?

Nos últimos 30 anos, assistimos a um colossal desenvolvimento tecnológico, com inegáveis benefícios para a vida de todos os cidadãos. As tecnologias de informação marcaram o passo do progresso e mudaram radicalmente o mundo e a humanidade através do fenómeno da globalização. A utilização dos meios electrónicos, cada vez mais constante na sociedade em que vivemos, constitui um poderoso veículo para a transmissão de conhecimento. Neste contexto, impõe-se que a Propriedade Intelectual tome posição no sentido da protecção dos direitos e obras envolvidas nesse processo. A informação e o conhecimento expandem-se a uma velocidade avassaladora, sendo premente que se tente encontrar um equilíbrio entre a protecção dos direitos autorais e os direitos do utilizador da informação.

A Internet permite que se copiem, alterem e distribuam obras do intelecto humano. Alguns mecanismos podem, com efeito, permitir violações a objectos protegidos pelos direitos de autor. A disciplina reguladora desta matéria necessita de um ajustamento das figuras clássicas já existentes às realidades trazidas pelas novas tecnologias electrónicas.

A facilidade e o reduzido ou quase nulo custo da realização de cópias de obras intelectuais, multiplicadamente e sem limites, através da Internet, a possibilidade da sua distribuição em rede, modificação, reformatação e combinação, coloca gravemente em causa os direitos morais do autor, nomeadamente o seu direito à paternidade e à integridade da obra¹¹⁰. Esta questão torna-se ainda mais problemática devido ao facto de a cópia ser indistinguível do original.

Neste contexto, e tendo em conta que o futuro apenas trará novos meios e ainda mais formas de potenciar determinadas violações aos direitos de autor, devemos entender que o direito de autor deveria apenas ter um conteúdo patrimonial, existindo uma protecção do investimento e uma satisfação, em primeira linha, apenas pecuniária dos direitos do autor? Ou será que o sistema, tal como se encontra actualmente está apto a enfrentar os novos desafios da Era tecnológica? Nem uma hipótese, nem outra. O direito de autor deverá continuar a ter duas vertentes, a moral e a patrimonial e a

¹¹⁰ DIAS PEREIRA, Alexandre - *Música e Electrónica, "Sound Sampling" e Direitos de Autor na Internet*, p. 320.

legislação actual tem que se adaptar a fim de suportar os problemas que se colocam no âmbito digital.

Com efeito, foram surgindo, no ambiente analógico, novas tecnologias de informação e comunicação, como a reprografia, o *home taping* e a digitalização, entre outras, que facilitaram o uso privado das obras e foram tornando cada vez mais difícil o controlo efectivo das reproduções por elas possibilitadas.

Mas foi no ambiente digital que as novas tecnologias começaram a afectar, de forma mais significativa, a exploração comercial das obras. Nos EUA, pela primeira vez, a localização e descarga de ficheiros musicais (nomeadamente através do sistema *peer to peer*, que promove a partilha de obras através de uma plataforma digital) foi proibida (tendo em conta o conhecido caso *Napster*). Actualmente, esse intercâmbio de ficheiros continua a existir, havendo um confronto entre as empresas e os utilizadores dessas técnicas. Já não são só as empresas que fornecem os meios que são punidas mas também os próprios usuários, neste caso que efectuam *downloads*, ou seja, que realizam um carregamento descendente dos ficheiros, transferindo, para o seu sistema, uma obra através de um serviço *online* ou um servidor. No pólo oposto, existe o *upload*, que consiste no carregamento ascendente, ou seja, a introdução de uma obra num centro de mensagens electrónico, ou num *mainframe*¹¹¹, que não é considerado como um acto de reprodução pois cai dentro do direito de colocação das obras à disposição do público. Em Espanha, anunciou-se uma denúncia contra 95 mil usuários de *peer to peer*¹¹². Como refere o Professor Doutor OLIVEIRA ASCENSÃO, se a responsabilização das empresas é complicada, a dos usuários que fazem um uso privado, é-o ainda mais¹¹³. Esta reacção de responsabilização é inexecutável devido à quantidade de violações dos direitos autorais. Por outro lado, essa consequência reduz as possibilidades tecnológicas permitidas pelo uso da Internet, diminuindo o progresso da comunicação e da informação¹¹⁴. Perante a inviabilidade de controlo dessas reproduções e perante a inexecutabilidade da responsabilização, torna-se premente a procura de soluções. Como considera o autor acima mencionado, tem que haver uma cedência mútua, por um lado

¹¹¹ Computador de grande porte dedicado ao processamento de um grande volume de informação que se encontra conectado em rede.

¹¹² OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *Propriedade Intelectual e Internet*, II Conferência Cibernética, Florianópolis, p. 21.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

as gravadoras devem renunciar a parte dos seus lucros e os utilizadores devem renunciar à total gratuidade¹¹⁵. Efectivamente, o preço praticado pelo mercado, nomeadamente, no que respeita às obras musicais e audiovisuais, também potencia estas situações.

As novas tecnologias permitiram a existência de uma tremenda facilidade no intercâmbio de ficheiros musicais, de obras audiovisuais e até de *software*. A adesão por parte dos usuários é enorme devido à qualidade oferecida e à quase gratuidade. A grande maioria das empresas que exploram economicamente obras intelectuais acaba por ficar prejudicada.

Porém, se por um lado, a Internet pode trazer um decréscimo dos lucros para os titulares de direitos, no pólo oposto verificamos que muitos autores ficam conhecidos precisamente através da divulgação das suas obras na internet, abrindo-lhes novos horizontes e novos mercados. Muitos escritores, músicos, pequenos produtores de filmes, pintores entre outros artistas seriam totalmente desconhecidos caso a Internet não tivesse servido de meio na sua divulgação. É também neste contexto surgem respostas por parte das empresas começam a revolucionar os seus negócios e a criar soluções ou até reinventar a indústria, tirando partido precisamente das possibilidades oferecidas pela expansão das novas tecnologias. É o caso da Apple, pioneira na criação de um programa de downloads legais, o iTunes. É também o caso da Waymedia detentora do site Myway.pt que foi lançado há um ano e é um dos maiores catálogos de música gratuita online, fruto de acordos com editoras como a Sony, Warner e The Orchard. Apresenta também a oportunidade de subscrição de um serviço pago para realização de downloads legais, similar ao iTunes, bem como o fornecimento de um serviço de ambientação musical para espaços públicos através do “licenciamento integrado que engloba as permissões da Waybox, Sociedade Portuguesa de Autores e Passmúsica”¹¹⁶. Quanto às obras literárias, começam a surgir os *e-books* para leitura *online* em dispositivos tecnológicos, como por exemplo os PDA’s (dispositivos móveis), e mais recentemente os iPads da Apple. A iStore (uma loja *online*) permite também a descarga lícita de filmes, séries televisivas, e *Audiobooks*.

Em termos práticos, no campo musical, como aconteceu com a conhecida banda *Radiohead* (que disponibilizou gratuitamente na Internet o seu último CD), apercebemo-nos que a essa mesma disponibilização gratuita para uso privado acaba por

¹¹⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *Direito de Autor Versus Desenvolvimento Tecnológico?*, p. 794.

¹¹⁶ Retirado de <http://www.waymedia.pt/>.

se tornar vantajosa para os autores. As receitas provenientes da realização de concertos e as resultantes da venda de *merchandising* sobem. Assim, acabamos por ter uma situação em que ambas as partes beneficiam.

Todavia, mesmo havendo diversas reinvenções das indústrias, como acima referimos, as violações aos direitos de autor continuam a existir.

Como tentativa de resolução de alguns dos problemas advenientes das aludidas violações, surgem as denominadas medidas de carácter tecnológico. As mencionadas medidas aparecem reguladas nos artigos 11.º e 18.º dos Tratados da OMPI sobre Direito de Autor e sobre Interpretações e Execuções de Fonogramas, respectivamente, bem como no artigo 6.º da Directiva 2001/29/CE, nos artigos 217.º e seguintes do CDADC, e no *Digital Millenium Copyright Act*.

A matéria das medidas tecnológicas de protecção tal como regulada no CDADC resulta da transposição da Directiva da Sociedade de Informação. Importa salientar que a protecção conferida no âmbito destas normas se efectiva relativamente a titulares de direitos de autor, titulares de direitos conexos e titulares de direitos *sui generi*^{117 118}, ou seja, os previstos no D.L. n.º 122/2000, de 4 de Julho, que regula a protecção jurídica das bases de dados, exceptuando-se os programas de computador. São estes os beneficiários da protecção prevista no artigo 217.º n.º1 do CDADC, como aliás resulta do Considerando 47 da Directiva.

Estas medidas encontram-se definidas no número 3 do artigo 6.º da supracitada Directiva e têm como objectivo a protecção de documentos ou ficheiros contra determinadas utilizações, a fim de impedir ou limitar um acesso não autorizado. Assim, quatro métodos são possíveis a fim de controlar a utilização da obra. É, nestes termos, possível, controlar o acesso à obra impondo uma contrapartida monetária para tal, prevenindo ou restringindo determinados usos, impedindo a sua modificação e por último, impondo um número máximo de utilizações ou controlar a sua duração¹¹⁹. Podemos, com isto, dizer que os mecanismos são essencialmente de dois tipos, de controlo de acesso e de controlo de cópia de uma obra intelectual¹²⁰.

A forma de protecção jurídica baseia-se, no impedimento e sancionamento, por parte dos Estados-Membros, por um lado, de actos de neutralização de quaisquer

¹¹⁷ Vide considerando 48 da Directiva.

¹¹⁸ Como consta do artigo 217.º n.º 1 do CDADC.

¹¹⁹ MOURA VICENTE, Dário - *Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção*, p. 162.

¹²⁰ RAMALHO, Ana Bárbara - *Direito de Autor e Cópia Privada*, p. 103.

medidas tecnológicas e, por outro, de certos actos preparatórios destes (à luz do artigo 219.º). Por mais sofisticadas que sejam as medidas técnicas, a evolução tecnológica ultrapassa-se a si própria e são criados mecanismos capazes de as contornar e subverter.

Do artigo 217.º n.º2 do CDADC resulta que as medidas tecnológicas visam impedir ou restringir actos relativos a obras *protegidas* (sublinhado nosso). Nestes termos, a protecção legal baseia-se no controlo da neutralização das medidas tecnológicas que pretendem evitar o acesso a uma obra protegida pelo Direito de Autor. Consequentemente, uma medida tecnológica destinada a controlar o acesso a uma obra não protegida, quer essa mesma obra não seja objecto de protecção através do Direito de Autor ou tenha entretanto deixado de o ser, pode ser neutralizada licitamente, pois essas obras não caem na definição de medida tecnológica fornecida pela lei¹²¹.

Na definição legal de medida tecnológica, prevê-se a sua eficácia. Nestes termos, apenas a medida tecnológica eficaz será alvo de tutela jurídica. Com efeito, as medidas que sejam passíveis de ser contornadas acidentalmente, ou neutralizadas de forma simples não são objecto de protecção. Por outro lado, se a medida tecnológica fosse inviolável, não necessitaria de protecção jurídica. Assim, deve-se atentar a um critério de razoabilidade nesta determinação¹²². As medidas não deverão poder ser neutralizadas por um qualquer utilizador que acede ao sítio da Internet onde a medida se encontra aposta. Deve antes, essa medida tecnológica, ser capaz de evitar que um utilizador com conhecimentos informáticos alargados, e, nomeadamente, os chamados *hackers*, a consigam descodificar. Por outro lado, a impossibilidade total de neutralização das medidas também não deve ser o critério escolhido, pois como já referimos, no âmbito da informática, o progresso dá-se a uma rapidez avassaladora, e facilmente são encontradas soluções para vencer determinados obstáculos. O conceito indeterminado em causa (medida tecnológica *eficaz*) deve ser preenchido casuisticamente, tendo em apreço, não só os elementos que referimos, mas também outros entendidos relevantes, tendo sempre em consideração que o resultado dessa interpretação não pode esquecer a protecção dos interesses dos titulares de direito de autor, bem como dos interesses dos utilizadores.

A punição do agente neutralizante vem regulada no artigo 218.º e acrescenta um elemento adicional relacionado com a eficácia da medida. O agente tem que ter

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*, p. 110.

neutralizado uma medida de carácter tecnológico, “sabendo isso ou tendo motivos razoáveis para o saber”. Assim, a exigência do elemento dolo do agente acautela situações em que a descodificação das medidas é acidental. Porém, nesse caso, a medida tecnológica não se poderia ter como eficaz, não sendo, desse modo, objecto de tutela¹²³. Em consequência, parece-nos que o elemento subjectivo previsto no artigo não acrescenta nada de novo. cremos, também por isso, que o elemento subjectivo exigido para a sanção se baseia, apenas, no comportamento doloso do agente e não na simples negligência, pelo menos negligência inconsciente, pois nesse caso a medida poderia ser considerada como ineficaz. A pena pode ser de prisão até um ano ou multa até 100 dias.

Os actos preparatórios, tal como descritos no artigo 219.º são também objecto de punição. Desta forma, é assegurada a punição dos actos anteriores a uma possível infracção à proibição de neutralização de medidas tecnológicas, funcionando assim uma tutela preventiva. Há que salientar ainda que esta punição apenas abarca os actos preparatórios com fim comercial. Importante é ainda referir que as medidas eficazes de carácter tecnológico não devem constituir um obstáculo ao exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres (artigo 221.º do CDADC). Devido ao facto de as medidas técnicas impedirem o acesso à obra indiscriminadamente, ou seja, não avaliando, porque os equipamentos (“juridicamente neutros”) não o permitem, quem a utiliza e qual o seu propósito, é permitido o pedido de meios para levantamento das medidas (ou seja, descodificação) junto da Inspeção-Geral das Actividades Culturais (IGAC), de acordo com o número 3 do artigo acima referido.

Contudo, neste contexto, de acordo com o número 1 do artigo 221.º *a contrario sensu*, algumas utilizações livres não são objecto de pedido de desbloqueamento junto da IGAC. Não concordamos com esta opção. *De iure condendo*, a descodificação das medidas “não deve constituir um obstáculo ao exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres”, de todas elas, e não apenas de algumas como acontece actualmente. Do regime actual resulta que certas utilizações que não estavam sujeitas ao pagamento de uma remuneração nos termos do artigo 76.º, passam agora a estar sujeitas a um ónus de pagamento de uma quantia como meio de afastar as medidas tecnológicas. Apenas a alínea h) estava sujeita a uma remuneração e coincide com uma das excepções em que não é permitida a intervenção da IGAC.

¹²³ *Ibidem*, p. 111.

A resolução de litígios emergentes da articulação de interesses entre os titulares de direitos de autor, direitos conexos e direitos *sui generis*, que têm as suas obras protegidas por medidas de carácter tecnológico e os utilizadores beneficiários das excepções aos direitos daqueles, é da competência da Comissão de Mediação e Arbitragem, nos termos do artigo 221.º n.º 4.

Uma palavra relativamente ao DMCA. Este diploma introduziu um capítulo no *United States Code* - o capítulo 12 inserido no título 17 relativo ao *Copyright*. Este diploma legal contraria a técnica legislativa adoptada nos países da *common law*. No que respeita à matéria em apreço, o DMCA estabelece um número limitado de excepções que autorizam a neutralização de medidas tecnológicas em certas situações. Este instrumento demonstra uma perda de flexibilidade do sistema em relação à cláusula geral tradicional do direito americano, o *fair use*. As críticas ao diploma têm sido inúmeras, nomeadamente pelo facto de não permitir certos usos considerados legítimos, mas não consagrados na lista de excepções em que é autorizada a neutralização¹²⁴. O desenvolvimento de uma *pay-per-use society* é uns dos receios dos críticos.

Reputamos relevante analisar a conjugação entre as medidas de carácter tecnológico e as duas formas de compensação devida ao autor, tendo em conta os artigos em 76.º e 82.º. O que pretendemos ver assegurado é a não duplicação do pagamento por parte do utilizador, como aliás resulta da Directiva¹²⁵. Tendencialmente, a solução ideal seria a de, em nossa opinião, abandonar o sistema de compensação tal como previsto no artigo 82.º, até porque este sistema acaba por ficar muito aquém do pretendido no que toca às reproduções efectuadas no ambiente digital. No entanto, cremos que as medidas tecnológicas não estão ainda suficientemente desenvolvidas para que se possa, sem mais, acabar com um dos instrumentos que reduz a perda de benefícios económicos do autor. Apenas quando se possa garantir que através das medidas tecnológicas de protecção se pode acautelar esse facto, é que a compensação poderá ser erradicada.

No que respeita à conjugação das medidas com o artigo 76.º, ao aferir do montante devido pelo utilizador ao titular de direito de autor, deve-se ter em conta se já foi paga alguma quantia para desbloquear a medida. Se sim, esse montante deve ser

¹²⁴ DIAS PEREIRA, Alexandre - *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, p. 626.

¹²⁵ Vide Considerando 35, “Nos casos em que os titulares dos direitos já tenham recebido pagamento sob qualquer outra forma, por exemplo como parte de uma taxa de licença, não dará necessariamente lugar a qualquer pagamento específico ou separado”.

considerado para efeitos de determinação da compensação equitativa. Nestes termos, a compensação equitativa só deve ser aplicada caso se verifique o equilíbrio de interesses ainda não foi alcançado. A solução preconizada pela Directiva também parece ter sido esta, ao referir que deve ser atendido o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico¹²⁶.

Tendemos a considerar que o sistema deveria ter apenas uma das vertentes referidas. Ou se impõe uma limitação a um direito de autor através da atribuição de uma compensação equitativa pela utilização da sua obra, ou se estabelece um sistema de controlo de acesso e de cópia através da aposição de medidas tecnológicas de protecção.

¹²⁶ *Vide* Considerando 35 da Directiva.

CAPÍTULO VI – CONCLUSÕES

O objectivo fulcral deste trabalho centrou-se na análise de uma das limitações ao direito de autor, a da utilização da obra protegida sem o seu consentimento. A perspectiva desta abordagem baseou-se na análise do sistema comunitário e na sua comparação com o sistema de *fair use*.

Concluímos que o sistema comunitário e, em particular, o sistema português, que é aquele que mais nos interessa, necessitam de ser revistos e repensados. A rigidez da lista de limitações ao direito de autor e a forma vaga e imprecisa como está redigida a regra dos três passos fundamentam essa necessidade.

Apontámos que a abertura do sistema de limitações a outras situações, seja por meio de analogia, seja através da passagem de uma lista taxativa a uma lista enunciativa é, em nossa opinião, imprescindível.

Analisada a regra dos três passos e demonstrada a sua dificuldade interpretativa, sobretudo, quanto ao conceito de “exploração normal da obra”, propugnamos a possibilidade de introdução de outros critérios para além dos mencionados nos três passos da regra, à semelhança do que acontece em relação aos quatro factores do *fair use*, como forma de alcançar uma maior elasticidade da sua aplicação *in concreto*.

A averiguação da compatibilidade da utilização da obra pelo beneficiário da limitação com a sua “exploração normal” tem que ser feita caso a caso com recurso a diversos factores. A natureza da obra, as características do autor, a sua divulgação, o momento da sua colocação no mercado entre outros. Uma análise económica deve ser realizada após consideração de todos estes critérios.

Após exame da compensação prevista pelo artigo 82.º concluímos pela sua manutenção até que surja melhor solução que acautele o facto incontornável da impossibilidade de controlo das situações de cópia privada, nomeadamente no que concerne ao ambiente digital.

Resta referir que as medidas tecnológicas de protecção não devem constituir um entrave ao exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres, das possibilidades que lhes são conferidas por lei em sede de utilização livre da obra. Todas as hipóteses que resultam das alíneas do artigo 75.º deveriam poder estar sujeitas à intervenção da IGAC para descodificação.

Por último, acreditamos que a opção por um sistema unitário de compensação do titular de direitos de autor, baseado ou na compensação equitativa ou na utilização de medidas tecnológicas de protecção, será o mais adequado.

ÍNDICE:

INTRODUÇÃO.....	4
CAPÍTULO I - BREVE APRESENTAÇÃO DOS SISTEMAS LIMITADORES DO DIREITO DE AUTOR.....	7
1. A doutrina do <i>fair use</i>	7
2. O <i>fair dealing</i>	9
3. A Directiva 2001/29/CE e a utilização livre da obra no direito português.....	11
CAPÍTULO II - COMPARAÇÃO ENTRE O SISTEMA COMUNITÁRIO E O SISTEMA NORTE-AMERICANO DE <i>FAIR USE</i>.....	15
CAPÍTULO III - A REGRA DOS TRÊS PASSOS.....	19
4. Apresentação da regra dos três passos e seus fundamentos	19
5. Análise dos critérios que compõem a regra dos três passos.....	20
6. A regra dos três passos no direito português.....	26
CAPÍTULO IV – O DIREITO DE REPRODUÇÃO E A CÓPIA PRIVADA.....	29
7. O direito de reprodução como direito exclusivo do autor.....	29
8. A cópia privada como limite ao direito de reprodução.....	31
9. Compensação pelo uso privado da obra.....	33
CAPÍTULO V - AS MEDIDAS DE CARÁCTER TECNOLÓGICO - PROTECÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR NO CIBERESPAÇO?	40
CAPÍTULO VI – CONCLUSÕES.....	48

BIBLIOGRAFIA

BENTLEY, Lionel, SHERMAN, Brad - *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Second Edition, 2001.

CARVALHO, Henrique - *O Uso Privado no Ambiente Digital*, Seminário de Direito da Sociedade de Informação, sob a orientação de Professor Doutor Dário Moura Vicente e Professor Doutor Luís Menezes Leitão, Universidade de Direito de Lisboa, 2006/2007.

CORDEIRO, Pedro - *Direito de Autor e Radiodifusão – Um estudo sobre o Direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital*, Almedina, 2004.

CORDEIRO, Pedro - *Limitações e Excepções sobre a regra dos três passos e nas Legislações Nacionais – Diferenças entre o Meio Analógico e o Digital*, www.wipo.int.

DIAS PEREIRA, Alexandre - *A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital*, Direito da Sociedade de Informação, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Separata do Volume VII, Coimbra Editora, 2008.

DIAS PEREIRA, Alexandre - *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, 2008.

DIAS PEREIRA, Alexandre - *Fair use e direitos de autor (entre a regra e a exceção)*, Separata de estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume I, Almedina, 2008.

DIAS PEREIRA, Alexandre - *O código de direito de autor e a Internet*, in Verbo Jurídico.net, Fevereiro de 2002.

DIAS PEREIRA, Alexandre - *Música e Electrónica, “Sound Sampling” e Direitos de Autor na Internet*, Direito da Sociedade de Informação, Volume V, Coimbra, 2004.

DIAS PEREIRA, Alexandre – *Recensões*, Boletim da Faculdade de Direito, Separata do Volume LXXIV, Coimbra, 1998.

FICSOR, Mihály - *The Law of Copyright and the Internet, The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, 2002.

FISHER, William W. - *Reconstructing the fair use doctrine*, 101 Harvard Law Review 1661, in <http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/88fish1.html>.

GEIGER, Christophe - *Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law*, 2010 in www.law.vanderbilt.edu.

GEIGER, Christophe - *The role of the three step test in the adaptation of copyright law to the information society*, in e-Copyright Bulletin January – March 2007, http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf.

GERVAIS, Daniel J. - *Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step test*, Marquette Intellectual Property Law, volume 9:1, 2005.

GINSBURG, Jane C. - *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*, Columbia University School of Law, Janeiro 2001 in www.law.columbia.edu/lawec/.

GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, Bernt - *International Copyright (Principles, Law and Practice)*, Oxford University Press, 2010.

HUGENHOLTZ, P. Brent - *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, published in: Rochelle Cooper Dreyfuss, Harry First and Diane Leenheer Zimmerman (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford: Oxford University Press 2001, in www.ivir.nl/publications/hughenoltz/PBH-Engelberg.doc.

INSTITUTO MAX PLANCK - DECLARAÇÃO DO INSTITUTO MAX PLANCK - *Uma interpretação equilibrada do “teste dos três passos” do direito de autor*, in http://www.ip.mpg.de/00shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_portuguese.pdf.

LEHMAN, Bruce A. - *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, in <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>.

MAKEEN, Fouad Makeen – *Copyright in a global information society – the scope of copyright protection under international US, UK and French Law*, Centre of European Law – King’s College London, Klumer Law International, 2000.

MOURA VICENTE, Dário - *Cópia privada e sociedade da informação*, separata de estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006.

MOURA VICENTE, Dário - *Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção*, Separata - *Direito Comparado Perspectivas Luso-Americanas*, Fundação Luso-Americana (1985-2005), Volume I, Almedina, 2006.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *A transposição da directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade de informação*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 2, Coimbra Editora, 2002.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *Convergência de Tecnologias: Perspectivas Jurídicas*, *Direito da Sociedade de Informação*, Volume V, Coimbra Editora.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2008.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de – *Direito de Autor Sem Autor e Sem Obra*, Boletim da Faculdade de Direito, Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves, Universidade de Coimbra, Volume II, 2008.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *Direito de Autor Versus Desenvolvimento Tecnológico?*, Separata Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Volume I, Almedina, 2005.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - *O fair use no Direito Autoral*, Direito da Sociedade de Informação, Volume IV, Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de – *Propriedade Intelectual e Internet*, II Conferência Cibernética, Florianópolis, 14.XI.03, in <http://www.fd.ul.pt>.

RAMALHO, Ana Bárbara - *Direito de Autor e Cópia Privada*, Mestrado em Direito Intelectual, Dissertação orientada por Professor Doutor Dário Moura Vicente, Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.

REBELLO, Luiz Francisco – *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, Âncora Editora, Lisboa, 2002.

ROCHA, Manuel Lopes; CARREIRO, Henrique - *Guia da lei do Direito de Autor na sociedade de informação*, Centro Atlântico, 2005.

SALAZAR LEITE, Filipa - *Reprodução de Obras Colocadas em Rede e Protecção pelo Direito de Autor*, Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Empresariais, Tese realizada sob a orientação do Professor Doutor Dário Moura Vicente, 2005.

SENFLEBEN, Martin - *Copyright, Limitations and the three-step test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Information Law Series, Klumer Law International, 2004.

TRABUCO, Cláudia - *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, Coimbra Editora, 2006.