

## A UTILIZAÇÃO LIVRE DA OBRA INTELECTUAL<sup>1</sup>

*Carlos de Almeida Sampaio<sup>2</sup>*

Imaginemos dois casos: a venda on-line, não autorizada, de reproduções do “Tigre Azul” de J. P. promovida por uma *webshop* com servidor em Shanghai; e a oferta, contra a vontade do autor, de *posters* com uma reprodução fiel da mesma obra, a um grupo restrito de convidados de escolas de belas-artistas chinesas, no pavilhão de Portugal na Exposição Universal que abriu as suas portas no dia 2 de Maio de 2010. Em ambos, o autor não obtém qualquer remuneração mas, nem por isso, estes casos são comparáveis do ponto de vista da licitude do uso da obra artística. Enquanto no primeiro exemplo, assistimos à livre utilização por terceiros sem título para tanto e em enquadramento que a lei não prevê, e consequentemente estamos perante uma utilização ilícita da obra, no segundo exemplo, uma mostra promocional sobre a pintura portuguesa do séc. XX pode ser entendida como de interesse público, não lesando os interesses do autor e com carácter não comercial, cabendo, por isso, no âmbito do art. 75º, alínea d) do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC).

A questão da utilização livre de uma obra tutelada pelo direito de autor tem sido tradicionalmente abordada pela doutrina, nomeadamente pelos autores portugueses não como um direito de livre utilização, como a epígrafe do Capítulo I do CDADC pode dar a entender, mas como uma restrição ou limitação ao direito do autor da obra. O art. 75º do CDADC consagra esse entendimento e o propósito desta comunicação é dar nota da evolução do pensamento jurídico nesta matéria.

Historicamente, as primeiras limitações ao direito do autor sobre a sua obra surgem com recurso à ideia de prazo de vigência da protecção e com a atribuição ao autor de um estatuto próprio por via de pertença a uma congregação ou associação e, posteriormente, pelo registo. No entanto, se não

---

<sup>1</sup> Conferência proferida na Universidade Lusíada de Lisboa, no Colóquio “Direito de Autor e Sociedade de Informação. Perspectiva no início do Séc. XXI”, em 6 de Novembro de 2009.

<sup>2</sup> Mestre em Direito; Advogado Sócio (Cuatrecasas, Gonçalves Pereira e Associados, RL).

está no aparecimento da obra impressa a génese do reconhecimento pela ordem jurídica vigente, aquela vai potenciar exponencialmente o conteúdo patrimonial do direito de autor.

Com raízes diversas mas convergentes, a ideia de que o direito de autor ao reconhecimento da criação intelectual havia de corresponder a protecção jurídica do mesmo foi acolhida na consciência social dos povos e dos Estados. De um lado, por evolução das concepções de raiz jusnaturalista segundo as quais a obra intelectual se encontra desde a sua génese ligada ao seu criador em termos tais que o direito de autor mais não seria do que o reconhecimento pela lei do elo entre autor e obra, e esta concebida como a materialização da personalidade do autor: “O autor é protegido enquanto tal, na qualidade de criador, porque um elo o une ao objecto da sua criação”<sup>3</sup>.

Nos sistemas de direito continental, o direito de autor tem vindo, com fundamentação diversa, a ser reconhecido e consistentemente defendida a orientação sintetizada do seguinte modo: “The author-orientation of the civil law system calls on the legislator to safeguard rights broad enough to concede to authors the opportunity to profit from the use of their self-expression”<sup>4</sup>.

Deve notar-se que nestes sistemas jda *common law* a componente económica do direito está mais presente e que a protecção da obra intelectual e do direito de autor tem nas suas raízes explicativas a escola de pensamento económico que designamos por “utilitarismo”. Nesse quadro, não é já a expressão das capacidades individuais enquanto tais que são protegidas mas a protecção visa predominantemente o benefício da sociedade. Os princípios da economia de mercado fundamentam um quadro legal que favoreça a criação de bens socialmente e economicamente valiosos. A protecção emergente do reconhecimento do direito de autor junta o interesse social e o incentivo individual do ganho económico, entendendo-se que a remuneração do direito patrimonial do autor incentiva a produtividade intelectual do mesmo<sup>5</sup>.

De um ponto de vista da cronologia histórica, refira-se que a *common law* promoveu o recurso à tradicional figura da concessão. Em 1534 o governo britânico concedeu a exploração, em regime de monopólio, da impressão e publicação de obras a uma companhia comercial, a *Worshipful Company of Stationers and Newspaper Makers*, conhecida como *Stationers Company* a qual exerceu durante longas décadas o monopólio sobre a indústria de impressão e publicação e foi por determinação régia a entidade que atribuía direitos de autor e aprovava e aplicava os regulamentos que tutelavam os direitos sobre a obra literária.

Tais direitos tinham, as mais das vezes, uma natureza que não permitia

---

<sup>3</sup> Cfr. H. DEBOIS, *Le droit d'auteur en France*, (2.<sup>a</sup> ed.), ed. Dalloz, Paris, 1978, pp. 538.

<sup>4</sup> Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step - An Analysis of the Three-Step in international and EC Copyright Law*, ed. Kluwer, 2004, pp. 6.

<sup>5</sup> O *Statue of Anne* manifesta esse entendimento na própria denominação original: “Act for the Encouragement of Learning by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies”.

ainda a sua qualificação autónoma senão como direito de exploração exclusiva de uma obra sob a forma de concessão por título régio em tudo semelhante a de qualquer outra actividade económica. Assim acontece com a *Stationers Company* que vê esse mesmo monopólio para o mercado de Reino Unido e suas colónias, domínios e feitorias ser-lhe concedido. O pagamento feito por aquela aos autores como reconhecimento e expressão retributiva do seu direito patrimonial de autor era então de pouca monta, prevalecendo sobre este o “interesse público” que à *Stationers Company* competia promover, fosse esse interesse público um interesse estratégico, educativo, assistencial ou outros. Embora tenha sido substituída em 1709 pelo *Statute of Anna* e perdido o monopólio até aí existente, nem por isso a Companhia abandonou a sua intervenção nesses domínios e antes evoluiu para uma entidade em que estão representadas empresas do sector das comunicações.

O *Statute of Anna* de 1709 revogou a carta régia que outorgava a concessão exclusiva e transferiu para os autores o direito exclusivo que até aí tivera como titular a *Stationer’s Company*. Nos termos do *Statute of Anna* os autores viram ser-lhes reconhecido o direito exclusivo de publicar, fazer publicar ou autorizar a publicação das suas obras por um período de catorze anos. Sendo a mesma lei aplicável em todos os territórios sob domínio britânico, as colónias que em 1776 se constituíram nos Estados Unidos da América adoptaram o mesmo período de protecção de catorze anos somando a esta norma uma outra de grande relevância e impacto tanto jurídicos como económicos: se o autor fosse ainda vivo no termo do período de catorze anos este podia ser prorrogado, por exclusiva vontade do mesmo, por um novo período de catorze anos. Durante os dois séculos seguintes o direito patrimonial do autor viu o período de vigência da sua protecção ser sucessivamente alargado até atingir o prazo de setenta anos após a morte do autor, prazo esse hoje harmonizado, na União Europeia, pela Directiva 93/83/EEC<sup>6</sup>, e, nos Estados Unidos, pelo *Copyright Term Extension Act* de 1998.

Como decorre dos parágrafos anteriores, o reconhecimento, protecção e extensão do direito patrimonial do autor evidencia desde o primeiro instante uma ponderação entre o interesse público e o interesse privado em que, numa primeira fase, o interesse público foi dominante enquanto, numa segunda, se construiu a noção de tutela jurídica de um direito à “propriedade privada intelectual”, com um gradual reconhecimento da dimensão patrimonial do mesmo. Por mera curiosidade note-se que o ancestral modelo da companhia concessionária está ainda presente na terminologia dos sistemas jurídicos dos países da *common law*; *copyright*, o direito à cópia<sup>7</sup>.

A emergência do conteúdo patrimonial do direito de autor e da consagração legal deste, tanto em países de tradição continental como nos países da *common law*, cedo teve como consequência o interesse dos Estados em limitar esse direito. A intensificação do comércio mundial e, de um modo geral, das relações económicas

<sup>6</sup> Cfr. J. O. C. E., n.º L 248/15 de 27.09.1993.

<sup>7</sup> O ancestral modelo da campanha concessionária está ainda presente na terminologia dos sistemas jurídicos dos países da *common law*: *copyright*, o direito à cópia.

internacionais associadas à difusão e transferência dos conhecimentos científicos e culturais dos Estados sugeriu uma ronda de negociações que acabaram por levar à celebração da Convenção de Berna de 1884.

O fundamento do “interesse público” pode, no entanto, ser lato e até contraditoriamente invocado, o que pode ser constatado na evolução das legislações de cada Estado e foi também reconhecido desde o início pela própria Convenção de Berna. Sendo certo que circunstâncias históricas, culturais ou sociais – para além dos interesses públicos ou económicos prevaletentes – determinam uma interpretação própria de interesse público, podemos retirar tanto do direito comparado como dos textos do direito internacional, a começar pela própria Convenção de Berna, que a utilização da ideia de interesse público como fundamento da limitação do direito de autor recomenda também a identificação e os “limites das limitações” à protecção do direito de autor e de como estes devem ser conceptualmente entendidos e traduzidos em disposições normativas.

Como resultado, tanto dos trabalhos da Convenção como da doutrina já sedimentada, as limitações à protecção do direito patrimonial de autor puderam – quadro que não se alterou – ser construídas com recurso a figuras susceptíveis de inclusão em uma de três categorias:

- limitações em razão da matéria;
- limitações em razão de utilização;
- limitações contra compensação pecuniária<sup>8</sup>.

Quanto às limitações em razão da matéria, entende-se que a natureza da obra pode determinar a inexistência de fundamento para a sua protecção e, em consequência, a inexistência de protecção. São habitualmente as “limitações” resultantes da inexistência de pedido de protecção para determinadas categorias de obra. O art. 2º da Convenção de Berna identifica, ainda que exemplificativamente, este tipo de limitações<sup>9</sup>.

As limitações em razão da utilização, também acolhidas pela Convenção, identificam diversos tipos de utilização em que o direito patrimonial do autor ou não é lesado ou é objecto de lesão mínima, designando estas situações como de “utilização permitida”, vide as utilizações para notícias ou fins educativos.

A terceira categoria integra as limitações contra compensação pecuniária compulsória. A Convenção de Berna previu a possibilidade de impor a concessão de licenças de uso tendo por contrapartida uma compensação pecuniária fixada pelo poder político ou autoridade administrativa. O mesmo está previsto no art. 75º do CDADC e pela maioria das legislações nacionais da União Europeia.

Como se retira com clareza da leitura dos textos convencionais e da evolução histórica, não estamos perante um conjunto de limitações com uma base jurídica comum. E, para o comprovar, veja-se como a questão é tratada pela lei portuguesa

---

<sup>8</sup> Cfr. S. RICKETSON, Jane C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights - The Berne Convention and Beyond*, 1.º vol., ed. Oxford University Press, 2006, pp. 756 e ss.

<sup>9</sup> Cfr. S. RICKETSON, Jane C. GINSBURG, *op. cit.*, pp. 756 e ss.

e em particular pelo CDADC.

O Capítulo II do CDADC tem por epígrafe “Da utilização livre”. O art. 75º, o primeiro do mesmo Capítulo, ao determinar o âmbito da utilização livre usa uma tripla referência: a licitude, a ausência de consentimento do autor e a utilização que é dada à obra.

### **“Artigo 75º Âmbito**

1 – São excluídos do direito de reprodução os actos de reprodução temporária que sejam transitórios, episódicos ou acessórios, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou uma utilização legítima de uma obra protegida e que não tenham, em si, significado económico, incluindo, na medida em que cumpram as condições expostas, os actos que possibilitam a navegação em redes e a armazenagem temporária, bem como os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com a legítima utilização da tecnologia conforme os bons usos reconhecidos pelo mercado, para obter dados sobre a utilização da informação, e em geral os processos meramente tecnológicos de transmissão.

E, no seu número 2, o art. 75.º procede à enumeração dos casos de “utilização livre” da obra:

2 – São lícitas, sem o consentimento do autor, as seguintes utilizações da obra:

- a) A reprodução de obra, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos;
- b) A reprodução e a colocação à disposição do público, pelos meios de comunicação social, para fins de informação, de discursos, alocações e conferências pronunciadas em público que não entrem nas categorias previstas no artigo 7º, por extracto ou em forma de resumo;
- c) A selecção regular de artigos de imprensa periódica, sob forma de revista de imprensa;
- d) A fixação, reprodução e comunicação pública, por quaisquer meios, de fragmentos de obras literárias ou artísticas, quando a sua inclusão em relatos de acontecimentos de actualidade for justificada pelo fim de informação prosseguido;
- e) A reprodução, no todo ou em parte, de uma obra que tenha sido previamente tornada acessível ao público, desde que tal reprodução seja realizada por uma biblioteca pública, um arquivo público, um museu

público, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica ou de ensino, e que essa reprodução e o respectivo número de exemplares se não destinem ao público, se limitem às necessidades das actividades próprias dessas instituições e não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta, incluindo os actos de reprodução necessários à preservação e arquivo de quaisquer obras;

- f) A reprodução, distribuição e disponibilização pública, para fins de ensino e educação, de partes de uma obra publicada, contanto que se destinem exclusivamente aos objectivos do ensino nesses estabelecimentos e não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta;
- g) A inserção de citações ou resumos de obras alheias, quaisquer que sejam o seu género e natureza, em apoio das próprias doutrinas ou com fins de crítica, discussão ou ensino, e na medida justificada pelo objectivo a atingir;
- h) A inclusão de peças curtas ou fragmentos de obras alheias em obras próprias destinadas ao ensino;
- i) A reprodução, a comunicação pública e a colocação à disposição do público a favor de pessoas com deficiência de obra que esteja directamente relacionada e na medida estritamente exigida por essas específicas deficiências e desde que não tenham, directa ou indirectamente, fins lucrativos;
- j) A execução e comunicação públicas de hinos ou de cantos patrióticos oficialmente adoptados e de obras de carácter exclusivamente religioso durante os actos de culto ou as práticas religiosas;
- l) A utilização de obra para efeitos de publicidade relacionada com a exibição pública ou venda de obras artísticas, na medida em que tal seja necessário para promover o acontecimento, com exclusão de qualquer outra utilização comercial;
- m) A reprodução, comunicação ao público ou colocação à disposição do público de artigos de actualidade, de discussão económica, política ou religiosa, de obras radiodifundidas ou de outros materiais da mesma natureza, se não tiver sido expressamente reservada;
- n) A utilização de obra para efeitos de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais;
- o) A comunicação ou colocação à disposição do público, para efeitos de investigação ou estudos pessoais, a membros individuais do público por terminais destinados para o efeito nas instalações de bibliotecas, museus, arquivos públicos e escolas, de obras protegidas não sujeitas a condições de compra ou licenciamento, e que integrem as suas colecções ou acervos de bens;

- p) A reprodução de obra, efectuada por instituições sociais sem fins lucrativos, tais como hospitais e prisões, quando a mesma seja transmitida por radiodifusão;
- q) A utilização de obras, como, por exemplo, obras de arquitectura ou escultura, feitas para serem mantidas permanentemente em locais públicos;
- r) A inclusão episódica de uma obra ou outro material protegido noutra material;
- s) A utilização de obra relacionada com a demonstração ou reparação de equipamentos;
- t) A utilização de uma obra artística sob a forma de um edifício, de um desenho ou planta de um edifício para efeitos da sua reconstrução ou reparação.

3 - É também lícita a distribuição dos exemplares licitamente reproduzidos, na medida justificada pelo objectivo do acto de reprodução.

4 - Os modos de exercício das utilizações previstas nos números anteriores não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

O enquadramento sistémico do art. 75º do Código levaria a supor que nele se contemplan, de um modo taxativo, as situações em que, embora com fundamentação diversa, é lícita a utilização livre da obra sem o consentimento do autor<sup>10</sup>.

No entanto, desde logo o próprio Código prevê todo um conjunto de outras situações, em artigos com uma colocação sistémica diversa, em que se prevêem casos de utilização livre de uma obra sem que o autor se possa opor a essa utilização<sup>11</sup>.

No seu fio condutor, o art. 75º segue nas suas nove alíneas o texto e as situações previstas na Convenção de Berna, já examinados supra. Todavia, tanto o Direito Internacional convencional mais recente como o Direito Comunitário (nomeadamente com a Directiva nº 2001/29 do Conselho) integraram no ordenamento jurídico aplicável em Portugal diversas outras situações que representam ou limitações ao direito de autor ou excepções ao direito deste enquanto direito patrimonial exclusivo<sup>12</sup>.

Uma vez identificada a base legal importa saber como devem ser entendidas as situações em que o direito de autor é limitado e qual é o fundamento da consagração legal dessas mesmas situações. Isto porque estamos, na verdade, perante casos em que o ordenamento jurídico suspende a protecção à exploração pelo autor da sua obra e do direito exclusivo daquele a beneficiar do resultado ou do valor económico desta dando prevalência a interesses subsumíveis no

---

<sup>10</sup> É esse o entendimento nomeadamente de Luiz Francisco Rebello. Cfr. *Código do Direito de autor e dos Direitos Conexos Anotado*, 3ª edição revista e actualizada, 2002, Lisboa, págs. 130 e 131.

<sup>11</sup> Cfr. *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, art. 8.º, n.º 2 e art. 77.º, n.º 2 *inter alia*

<sup>12</sup> Cfr. J. O. C. E., n.º L 167, 2001, pp. 10 e ss.

interesse público de acordo com o legislador, que prevalecem, nos termos e com as limitações previstas na lei, sobre o direito patrimonial do autor.

Na lei portuguesa, o CDADC pretende consagrar uma linha orientadora própria da teorização do direito de autor nos Estados de direito continental e afirmar – de resto na linha da tradição portuguesa – a natureza do direito de autor enquanto reconhecimento pelo sistema jurídico da obra como uma extensão intelectual do seu autor. Como no próprio preâmbulo do CDADC se diz, “a obra é (não apenas) o produto do esforço criador de uma pessoa mas deve ser original e reflectir (...) a personalidade do seu autor”. Uma vez identificada ou reconhecida a obra enquanto criação intelectual, a protecção é-lhe imediatamente reconhecida em termos prefixados por lei.

É neste enquadramento que o legislador originário e parte da doutrina vêm as limitações ao direito de autor e a suspensão da protecção atribuída. Para Rebello, a enumeração constante do art. 75º dos casos em que é lícita a utilização de uma obra sem o consentimento do autor é uma enumeração taxativa “não sendo pois lícito”, continua Rebello “acrescentar-lhe quaisquer outras que não sejam expressamente declaradas, sendo sempre necessário ...”<sup>13</sup>. Mas, no entanto, logo em seguida reconhece que desde logo o próprio Código prevê outros casos de utilização livre citando exemplificativamente os casos dos artigos 8º- 2, 77º-2, 80º, 123º-2, 168º-1 e 173º-2.

Com um entendimento diverso, refira-se Oliveira Ascensão para quem o direito de autor é por definição não um direito que seja reconhecido por lei mas eminentemente uma construção desta. Direito limitado no tempo, no seu conteúdo patrimonial e na apropriação do resultado económico da atribuição do direito, tanto por normas de conteúdo negativo como de conteúdo positivo<sup>14</sup>.

Há pois que determinar os elementos essenciais que devem estar presentes em todos os casos de limitação do autor. Já linhas atrás se referiu que esta limitação, a existir, deve encontrar-se fundamentada por razões de interesse público. Esta é uma orientação constante que transparece com clareza nos textos de direito convencional internacional. Aí, desde a Convenção de Berna até ao Acordo TRIPS de 1994<sup>15</sup>, passando pelo Tratado WIPT<sup>16</sup> encontramos o entendimento das limitações ao direito de autor sempre como excepções ditas pelo interesse público.

O direito internacional de autor identifica uma técnica de leitura das limitações, técnica essa essencial para numa economia crescentemente dominada pelo recurso às tecnologias da sociedade da informação, distinguir os casos em

---

<sup>13</sup> Cfr. Luiz Francisco REBELLO, *op. cit.*, pp. 130.

<sup>14</sup> Cfr. José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, ed. Coimbra Editora, 2008, pp. 212.

<sup>15</sup> *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, assinado em Marraquexe em Abril de 1994.

<sup>16</sup> *World Intellectual Property Organization Copyrights Treaty*, assinado em Genebra em 20 de Dezembro de 1996.



que a limitação do direito de autor tem fundamento e coerência com o sistema jurídico. O “three-step test” permite a identificação de uma realidade que tem vindo a constituir, nos últimos anos, uma questão de importância crescente para o direito da propriedade intelectual e que é a existência de limites às limitações do direito de autor. Este instrumento é consistente com a fundamentação do direito de autor e com a própria existência deste enquanto figura jurídica consagrada pela lei nos moldes das duas grandes correntes doutrinárias atrás mencionadas.

O “three-step test” encontra-se formulado pela primeira vez nos trabalhos da Conferência de Revisão da Convenção de Berna que teve lugar em Estocolmo em 1967 e na qual foi aprovado um novo parágrafo a introduzir no art. 9º:

“Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor”.

E os trabalhos da mesma Conferência de Estocolmo exemplificavam, procurando fornecer uma ordem lógica de interpretação desta norma: “Se for entendido que a reprodução conflitua com a normal exploração da obra, a reprodução não é permitida. Se for entendido que a reprodução não entra em conflito com a normal exploração da obra, o passo seguinte será considerar se essa mesma reprodução causa um prejuízo não razoável aos legítimos interesses do autor; e apenas se não for esse o caso, será possível, em certas situações especiais, introduzir uma licença compulsória, ou mesmo, permitir a utilização sem qualquer pagamento ao autor”. É da conjugação interpretativa deste art. 9 da Convenção de Berna (na revisão que lhe foi dada pela Conferência de Estocolmo de 1967 e mantida pela Conferência de Paris de 1971) com o art. 75º do CDADC que deve resultar a leitura da faculdade de introduzir limites ao direito de autor mas também os termos da imposição ao legislador nacional de reconhecer os limites a essas limitações.

O “three-step test” deve ser entendido em termos imperativos e de coerência do sistema pelo legislador nacional que pretende introduzir na sua ordem jurídica uma qualquer limitação ao direito de autor. Ao contrário do que parte da doutrina entende, este mecanismo não corresponde apenas a uma salvaguarda internacionalmente convencionada do direito de autor mas a um princípio fundamental da ordem jurídica a que o legislador nacional deve obedecer.

Nos termos deste modelo o processo de construção de qualquer limitação do direito de autor deve realizar-se gradualmente através de uma sucessiva ponderação da não violação dos elementos essenciais do direito de autor<sup>17</sup>. Assim o primeiro passo corresponde à regra básica de que as limitações só são permitidas em casos especiais. Isto significa que uma norma que vise uma generalizada utilização livre da obra intelectual – tese hoje defendida por muitos no âmbito da difusão com recurso a meios digitais e à Internet – está em contradição com o

<sup>17</sup> Cfr. M. SENFTLEBEN, *op. cit.*, pp. 283.

Direito Internacional da Propriedade Intelectual e com as normas que presidem ao reconhecimento generalizado da protecção da obra intelectual em benefício do seu autor mas também com as bases do novo modelo social e económico.

O segundo passo espelha a regra segundo a qual nenhuma limitação pode ser introduzida se, com a mesma, vier a ser inviabilizada a exploração normal da obra. Este passo não corresponde nem se ultrapassa no quadro de uma lógica de remuneração mandatária do direito de autor. Deve antes ser entendida como um critério base que é ou não preenchido e, não o sendo, a limitação deve ser rejeitada pelo legislador nacional.

O terceiro passo reflecte a natureza patrimonial do direito de autor e a construção do art. 9º da Convenção de Berna e expressa com clareza como deve ser alcançado o equilíbrio de interesses. Se o prejuízo for “injustificado” então existe um “legítimo interesse do autor” em impedir a utilização livre da obra. Mas, uma vez verificados os dois primeiros critérios, o legislador pode considerar a possibilidade de tornar lícita, sem o consentimento do autor, a utilização da obra mesmo contra a vontade e o interesse do autor desde que seja possível providenciar uma remuneração equitativa, elemento essencial da consagração legal de uma limitação.

Ao longo destas linhas procurei chamar a atenção para um elemento constitutivo da própria natureza da limitação ao direito de autor: o reconhecimento deste em termos que vão para lá do ordenamento jurídico e que reflectem uma dada consciência social, histórica e juridicamente sedimentada. A alteração do modelo económico resultante do desenvolvimento tecnológico e o aparecimento de um outro plano da economia global que assenta na economia virtual e na sociedade da informação pode, em tese, significar uma alteração da apreensão social do direito de autor e conseqüentemente da utilização livre da obra. Esse será o pressuposto necessário para permitir ou impedir que a mesma tenha uma mais ampla consagração legal.

Lisboa, Maio de 2010