

WIPO/CR/RIO/01/4

ORIGINAL:Portuguese

DATE:September11,2001



COORDENAÇÃO DE DIREITO AUTORAL  
MINISTÉRIO DA CULTURA



WORLD INTELLECTUAL  
PROPERTY ORGANIZATION



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA  
DOS PRODUTORES DE DISCOS  
ABPD

## NATIONAL SEMINAR ON THE WIPO INTERNET TREATIES AND THE DIGITAL TECHNOLOGY

organized by  
the World Intellectual Property Organization (WIPO)  
and  
the Copyright Coordination of the Ministry of Culture of Brazil  
with the support of  
the Brazilian Recording Industry Association

**Ri de Janeiro (Brazil) , September 17 to 19, 2001**

LIMITATION AND EXCEPTIONS UNDER THE “THREE-STEP-TEST”  
AND NATIONAL LEGISLATION – DIFFERENCES BETWEEN THE ANALOG  
AND DIGITAL ENVIRONMENTS

*Paper prepared by  
Professor Pedro Cordeiro  
Faculty of Law  
University of Lisbon  
Lisbon*

## Introdução

1. Os direitos de autor conexos, tal como qualquer direitos subjectivos não são plenos –no sentido em que são objecto de limites intrínsecos e extrínsecos.
2. Acontece, porém, que nestes como noutros direitos exclusivos a ten dência dos titulares de direitos é de aceitar uma limitação dos mesmos tão reduzida quanto possível. Pelo contrário, os utilizadores das obras e prestações pretendem um âmbito de liberdade de acção necessariamente amplo, no que são acompanhados pelo público em geral –interessado num acesso fácil e económico aos conteúdos culturais que promovam a sua formação e educação.
3. É da composição destes diferentes interesses que resulta o Direito de Autor tanto no passado como nos dias de hoje.

## I. A REGRADOSTRÊSPASSOS

4. A chamada regra dos três passos teve origem na Conferência de Estocolmo de 1967, no então recém-introduzido direito de reprodução. Com a consagração deste em 1971 na Conferência de Paris também se passou a fazer parte do texto da Convenção de Berna – art. 9º, n.º 2.
5. A lógica que lhe está subjacente é, de algum modo, simples. Pretendendo –se evitar um direito de reprodução excessivamente amplo, procurou –se estabelecer limites que os Estados-Membros da União de Berna, pudessem adequar às suas diversas legislações e sensibilidades jurídicas. Temperavam –se, assim, discrepâncias que tinham levado a que um dos direitos patrimoniais mais importantes –o direito de reprodução –estivesse afastado tão longamente do quadro de Berna.
6. Ficou, por conseguinte, reservada à legislação dos países da União a faculdade de excepcionar o direito de reprodução *em certos casos especiais* (1º passo) *desde que essa reprodução não prejudicasse a exploração normal da obra* (2º passo) nem causasse um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor (3º passo).
7. A regra dos três passos, já de si importantíssima pela ligação umbilical com o direito de reprodução, ganhou, no entanto, nos últimos anos um valor acrescido. Primeiro foi o art. 13º do *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Rights* (TRIPS Agreement) a estender o seu âmbito de aplicação aos restantes direitos exclusivos patrimoniais dos autores previstos na Convenção de Berna .
8. Depois, foi a TODA (WCT) que, no seu art. 10º, não só procedeu a semelhante extensão, como sujeitou os novos direitos que criava a igual princípio. Em sentido idêntico se pronunciou o art. 16º do TOEIF (WPPT) que no seu n.º 2 aponta a regra dos três passos como ordenadora dos direitos que contempla. A regra dos três passos tornou –se, deste modo, tema inultrapassável quando se tratada matéria das limitações e excepções dos direitos de autor conexos.
9. Pareceria, pois, fundamental que se dedicasse um longo espaço à sua interpretação. Esse caminho de inegável significado, já foi trilhado por outros, mas, como de videntes se tem, o resultado não foi muito produtivo. É certo que a sua formulação impõe que as limitações e excepções não sejam a regra –daí falar –se em “casos especiais”.

10. Também é seguro que o exercício do direito exclusivo deve proporcionar aos autores dividendos que ele possa legitimamente aspirar através da “exploração normal da obra”, não causando limitação em prejuízo excessivo (“injustificado”) ao titular do direito. Mas, mais longe do que isto a figura – se nos difíceis, fundamentalmente no que toca à determinação do que é *normale injustificado*, onde não se pode fugir a um subjectivismo que deriva da própria concepção que se tenha sobre o Direito de Autor.

11. Entendemos, por isso, que a regra dos três passos deve funcionar como uma espécie de ventilador do ordenamento jurídico determinando face a caso concreto – em função dos direitos outorgados e das excepções admitidas – se os limites estabelecidos se coadunam com a lógica do próprio sistema.

12. Importa, pois, que nos debruçemos sobre ambos – direitos e limites – para nos pronunciarmos.

## II. OS DIREITOS DE REPRODUÇÃO, DE COMUNICAÇÃO PÚBLICA E DE COLOCAR À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO

13. Quais são os direitos de autor cujos limites estão hoje abrangidos pela regra dos três passos? Partindo do art. 10º do TODA e respondendo a essas perguntas – são todos os direitos patrimoniais exclusivos do autor. Não são os conferidos no novo Tratado (art. 10º, nº 1) como previstos na Convenção de Berna (art. 10º, nº 2).

14. Mas o cit. art. 10º está sujeito a uma declaração comum muito importante na qual é referido que o nº 2 do artigo não reduz nem aumenta o campo de aplicação das limitações e excepções permitidas pela Convenção de Berna.

15. Serão, portanto, estas apenas estas que estão sujeitas ao critério da regra dos três passos. Terá de se verificar quais os limites aos direitos estabelecidos na Convenção de Berna e determinar a sua compatibilidade com a aquela regra. É um trabalho de inquestionável importância, mas que não podemos agora realizar.

16. Fê-lo é a tarefa central do nosso seminário e iremos, apenas, aos novos direitos que os “Tratados Internet” vieram consagrar de entre estes, aqueles cujos limites são mais polémicos por terem especial incidência no digital – *o direito de reprodução e os direitos de comunicação pública e de colocar à disposição do público*.

17. Poderá parecer estranho que incluamos o direito de reprodução nos “novos direitos”, sendo certo que ele já constava, como temos vindo a afirmar, do art. 9º da Convenção de Berna.

18. A estranheza adensar-se-á ainda se verificarmos que não existia no TODA qualquer norma sobre o direito de reprodução limitando – se uma declaração comum relativa ao art. 1º, nº 4 a fazer – a referência.

19. Entendemos, contudo, que de um “novo” direito de reprodução digital devemos falar em oposição à reprodução analógica e em suporte material. Só razões meramente políticas e táticas que teremos oportunidade de referir levaram à sua não consagração no TODA.

20. Na proposta do Presidente que serve de base à discussão para aprovação dos dois novos tratados, o direito de reprodução aparece como um dos dois grandes pilares em que os mesmos assentariam.
21. Acontece, no entanto, que contrariamente ao pretendido e defendido pelos países económicos e tecnológicos mais desenvolvidos, cede-se a percepção de que uma maioria de Estados participantes não estava disponível para estabelecer uma equi-paração entre reprodução técnica e jurídica.
22. Estavam fundamentalmente em causa as reproduções tecnológicas meramente instrumentais para uma visualização das obras, entendendo a maioria que em tal caso o acto sujeito ao direito de autor seria a comunicação pública da obra só esta.
23. Correndo o risco de serem aprovados um tratado onde constasse expressamente esta visão ou mesmo que em transigências sobre este ponto se não concretizasse o acordo multilateral, os países ditos exportadores retrocederem nos seus propósitos e preferiram deixar cair o artigo que tratava da reprodução a ceifarem uma noção de destaque i.a. contra as suas visões e, em muitos casos, contra as suas legislações.
24. A referência ao direito de reprodução no TODA foi, assim, restringida à declaração comum que já fizemos referência em que, no essencial, se afirma a aplicação do artigo 9º da Convenção de Berna (e consequentemente das excepções que ele permite) a domínio do numérico.
25. Isto não obsta, obviamente, a que o direito de reprodução seja um dos elementos basilares da Sociedade da Informação e que se lhe dedique uma atenção especialíssima quer no domínio do direito de autor como nos direitos conexos – onde merecer referência genérica, mas expressa, dos arts. 7º e 11º da declaração comum relativa à queles artigos e ao 16º, todos do TOIEF. Terá, pois, de se verificar quais as excepções que se lhe adequam no âmbito digital.
26. Partindo novamente do TODA analisemos agora os outros direitos que considerámos essenciais – o direito de comunicação ao público e o de colocar à disposição do público.
27. O art. 8º do WCT é, pode-se afirmar, o em risco, a pedra angular do novo tratado. E, desde logo, uma questão central se coloca: a saber se este *direito de comunicação ao público* é equivalente ao *direito de colocar à disposição* que os arts. 10º e 14º do tratado sobre direitos conexos atribui, respectivamente, aos artistas e aos produtores de fonogramas. É uma questão a que só responderemos depois de analisarmos os preceitos. O texto deste art. 8º foi uma solução de compromisso.
28. Os EU pretendiam que este direito fosse abrangido pelo direito de distribuição enquanto a Comissão Europeia defendia a sua inclusão no direito de aluguer. Esta foi a solução menos má. De facto, nem o direito de aluguer, nem o direito de distribuição são susceptíveis de enquadrar a nova realidade. O que aqui está em causa é uma “transmissão” digital, realizada por escolha individual de cada membro do público.
29. É evidente que é uma comunicação, mas ao falar-se de comunicação ao público perde-se a nitidez dos conceitos, pois passa a haver dois tipos de comunicação ao público de conteúdo distinto – este da Convenção de Berna. Perde-se, assim, a oportunidade de marcar claramente as diferenças criando o *direito de colocação à disposição digital* como

adequada designação jurídica. Mas debrucemo -nos sobre o preceito. Ele divide -se em duas partes.

30. A primeira é fundamental pois excluído âmbito da norma dos artigos da Convenção de Berna que versam a comunicação ao público -11, 11bis, 11ter, 14e 14bis. Sem ela estaria criado o grande direito de comunicação ao público por muito propugnado - isto em virtude do art. 1/1 que, recorde -se, afirma que o novo tratado é um acordo particular nos termos do art. 20º da Convenção de Berna.

*O que fica abrangido no escopo do artigo?*

31. Responde-nos a segunda parte do artigo: Só *ondemand omaking available* ou seja, o colocar à disposição interactiva que é uma nova realidade, não apenas pela possibilidade de acção do consumidor sobre a obra, como também pelo novo conceito de público que impõe. A expressão “desde um lugar e num momento que individualmente escolherem” exclui a radiodifusão do âmbito do novo direito.

32. Isto é muito menos claro no novo tratado sobre direitos conexos, não em face do texto legal das epígrafes (questão bem mais feliz), mas sim em virtude de uma interpretação histórica das normas (arts. 10º e 14º, como já se referiu). De facto as notas 11e18., 06, 07e 08 que fundamentam a proposta do Presidente parecem admitir que os preceitos abarcassem os serviços multicanais de radiodifusão por subscrição. Será assim? Pensamos claramente que não!

33. Do elemento literal, desde logo, nenhum argumento se pode tirar nesse sentido. A subscrição é o resultado de um contrato e o facto de ela existir ou não, não altera a qualificação jurídica do acto que continuará a ser colocar à disposição interactiva de radiodifusão consoante os casos. A distinção resulta até claradopr óprio conceito de radiodifusão que o tratado propõe -art. 2/f.

34. Concluimos, assim, que também no tratado sobre direitos conexos apenas a colocação à disposição interactiva está abrangida pelo novo direito e em face desta conclusão fica respondida a questão que começámos por colocar.

35. A lógica que está subjacente ao tratado é, pois, esta: o *direito de comunicação* seria o direito de base que depois seria delimitado negativamente retirando -se *interactiva* e *comunicação pública não interactiva* e a *radiodifusão* como restantes espécies do género.

### III. AS LIMITAÇÕES E EXCEPÇÕES

36. Em face destes direitos TODA e TOE IF tomaram atitudes sábias de deixar aos Estados contratantes a escolha das excepções a adoptar sujeitando -os, contudo, como já vimos, à regulação em três passos.

37. O bom senso revelado leva a que as declarações comuns relativas ao art. 10º do WCTe 16º WPPT, permitam não só a manutenção dos limites e excepções considerados aceitáveis em virtude da Convenção de Berna, mas também a criação de outros (as) apropriados ao meio digital. É uma declaração de grande significado e que merece ponderação adequada.

38. Há que perguntar:

(a) Existem limites e exceções aplicáveis no domínio analógico que sejam também no âmbito digital?

(b) Existem limites e exceções tradicionais que não sejam adaptáveis ao numérico?

(c) Existem limites e exceções que só façam sentido no mundo digital?

39. A resposta à primeira questão parece não oferecer grandes dúvidas. Parece seguro que existem grandes zonas de confluência que permitem soluções equivalentes para o analógico e para o digital.

40. Estão nesse caso os limites de interesse público, exceções de carácter pedagógico e humanitário entre outras. Assim, por exemplo, reproduções feitas por bibliotecas ou estabelecimentos de ensino em fins comerciais, reproduções ou comunicações realizadas em hospitais ou prisões, as utilizações para efeitos de processo judicial ou administrativos, citações para fins de crítica ou análise que caem nesta categoria de limitações e exceções.

41. A segunda pergunta também merece resposta afirmativa. Existem situações em que o que é válido para o analógico não pode ser transposto em mais para o digital. Veja os casos em que as cópias pela sua qualidade ou pela sua quantidade podem por causa da exploração da obra. Destemodo, a cópia privada digital deve estar sujeita a um regime próprio diverso do que tem no âmbito analógico. Também não é possível que a entidade a quem é facultada a reprodução das obras criem verdadeiras bases de dados que permitam uma exploração paralela das criações.

42. Finalmente à terceira pergunta teremos ainda de responder de modo positivo. Há situações que devem ser excepcionadas, especificamente, no digital. Estamos a falar sobretudo daquelas que representam actos tecnicamente diferenciados mas que não tenham autonomia jurídica. O exemplo paradigmático é aquilo que teremos vindo a chamar de reprodução instrumental, ou seja, aquela que é meramente funcional, v.g., para um visionamento ou audição. Para quem considere que tais actos representam uma reprodução em sentido jurídico, então os mesmos deverão ser passíveis de uma excepção.

#### IV. ADIRECTIVA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

43. A União Europeia aprovou recentemente a directiva 2001/29/CE, de 22 de Maio, também conhecida por directiva Sociedade da Informação.

44. Tendocomo pretexto a transposição dos “Tratados Internet” a directiva comunitária vai muito para além deles. Assim, os direitos são mais vastos do que os dos tratados de 1996, os titulares são em maior número e procura-se dar conteúdo compreensivo a algumas normas mais genéricas que consta em instrumentos da OMPI.

45. Uma das matérias em que a directiva se revela mais minuciosa é precisamente a das excepções e limitações. Num longo e polémico art. 5º estabelecem-se excepções obrigatórias (nº1), excepções facultativas ao direito de reprodução (nº2), excepções facultativas ao direito de reprodução e comunicação ao público (nº3), excepções ao direito de distribuição (nº4) e sujeição dos quatro primeiros números à regra dos três passos (nº5).

46. Onº1doart.5ºimpõe uma excepção obrigatória para as reproduções tecnológicas transitórias ou episódicas. Exige-se, porém, que as mesmas não tenham em si, significado económico. Fica aberta a discussão...

47. Os nºs 2 e 3 do mesmo artigo possibilitam, respectivamente, cinco excepções para o direito de reprodução e cinco para o direito de comunicação ao público.

48. Parece um excesso que se torne compreensível se dissermos que o legislador comunitário pretende fazer uma enumeração exaustiva das excepções permitidas pelo mesmo no que toca ao digital (a alínea do nº3 não lhe é aplicável). Foi a solução encontrada para promover o acordo entre dois grandes grupos antagónicos que se criaram no seio da Comunidade e que pretendiam, respectivamente, um número muito limitado de excepções e uma cláusula geral que permitisse aos legisladores nacionais liberdade de acção.

49. A opção tomada parece-nos problemática, já que nos parece de para estabelecer um quadro fechado de excepções e limitações. Além disso, sendo as facultativas dificilmente conduzirão a uma harmonização que seria, em última análise, a justificação de toda a directiva.

50. Por sua vez, todas as excepções e limitações previstas são sujeitas à regra dos três passos. Isto só pode ter um sentido: o de que em abstracto nenhuma delas (obrigatórias e facultativas) é violadora de referida regra, cabendo, no entanto, ao aplicador, em face do caso concreto, aferir da sua compatibilidade com a mesma. O exposto mais reforça a nossa convicção de que a regra dos três passos é uma norma de aplicação concreta.

## V. OS MEIOS TECNOLÓGICOS

51. Finalmente uma palavra sobre os dispositivos tecnológicos. Muitos dos direitos e muitas das excepções e limitações de que temos vindo a falar tem a ver com dispositivos tecnológicos que permitam o seu exercício – vide art. 11º do WCT e 18º do WPPT.

52. Que os titulares de direitos mereçam protecção que a técnica pode dar parece-nos inquestionável, que o abuso dela para impedir os beneficiários das excepções e limitações de acederem às obras e prestações, afigura-se-nos inadmissível.

53. Cabe aqui um papel determinante aos Estados (vide art. 6º nº4 da directiva Sociedade da Informação), não sendo, contudo, difícil de augurar dificuldades nos casos de titulares de direitos não quererem prestar a sua colaboração.

[End of document]