

DIREITO DE AUTOR

LIBERDADE DE PANORAMA: UM ATENTADO ‘SEM LIMITES’ AO DIREITO DE AUTOR EM PORTUGAL*

MURILLO COSTA SANCHES**

Abstract. A critical analysis of the legal institute freedom of panorama in Portugal, observed in the current context, which was a rampant discussion point in the implementation of the 2001/29/CE Directive (on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society). The article aims to understand the juridical nature of the institute thought the concession of the communitarian legislator, as well as examine its the development, the relation regarding other legal matters, and advance the problems and the challenges of European legislative alignment of the institute. Thereby, we seek theoretical basis and legal grounds in other models and systems, without stop envisaging the Portuguese perspective, which stand out for the juridical-political option adopted by the 2001/29/CE Directive, without prejudice to mention recent events around the world and the approach by the courts.

Keywords. Copyright and related rights – freedom of panorama – economic rights – exceptions and limitations – public art.

Palavras-Chave. Direito de autor – liberdade de panorama – direitos patrimoniais – exceções e limites – arte pública.

Resumo. Uma análise crítica da figura da *liberdade de panorama* em Portugal, inserida em um contexto atual, um ponto de alargada discussão no procedimento de reforma da Diretiva 2001/29/CE (relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação). Tentaremos perceber a natureza jurídica do instituto, mediante a conceção do legislador comunitário, bem como examinar o seu desenvolvimento, a relação com outras matérias, levantando os problemas e os desafios da harmonização a nível europeu. Para tal, procuramos embasamento teórico em outros modelos e sistemas, sem perder o enfoque no direito português, que se destacam pela opção jurídico-política adotada diante da Diretiva 2001/29/CE, sem prejuízo de mencionar eventos recentes encontrados pelo mundo e também o entendimento dos tribunais.

* Artigo realizado no âmbito do curso de Mestrado em Direito na disciplina de Direito de Autor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano letivo 2016/2017.

** Mestrando em Ciências Jurídico-Civilísticas, Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Sumário

1. Noção. 2. Direito de Autor e os direitos exclusivos de exploração económica. 2.1. Exceções e limites aos direitos exclusivos de exploração económica. 2.2. Exceções e limites aos direitos exclusivos na Diretiva 2001/29/CE. 3. A Liberdade de Panorama. 3.1 A Liberdade de Panorama no sistema de *copyright* do Reino Unido. 3.1.1 O *fair dealing* no sistema de *copyright* do Reino Unido. 3.2 A Liberdade de Panorama no sistema de *civil law* europeu. 3.2.1. A Liberdade de Panorama no *droit d'auteur* da França. 3.2.2 A Liberdade de Panorama em Portugal. 3.2.2.1. A obra na Liberdade de Panorama. 3.2.2.2. Liberdade de Panorama e Património Cultural. 3.2.2.3. Conflitos e ponderação de interesses. 3.2.2.4. O uso privado para a Liberdade de Panorama. 3.2.2.5. Licitude de origem e Regra dos Três Passos. 3.2.2.6. A utilização não autorizada de obra intelectual. 3.2.2.7. A harmonização do direito de autor. 4. Conclusão.

1. Noção

Antes de adentrarmos no instituto da liberdade de panorama, convém fazermos nos valer de uma bússola jurídica, tomando a figura como referência, para que possamos nos localizar no universo jurídico e construir as devidas pontes, essenciais para a compreensão do tema.¹

Fixado o Norte na liberdade de panorama, como figura central do estudo, nos aparece uma primeira noção, fornecida pela legislação comunitária, na Diretiva 2001/29/CE, que visa harmonizar certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação². Esse excerto legislativo, em suma, insere a liberdade de panorama como uma possibilidade política-legislativa para os Estados-Membros, *i. e.*, de limitar ou excepcionar um direito, em matéria de direito de autor.

Começemos, então, por caminhar nos estudos através de breves notas do direito de autor, traços gerais sobre sua história e desenvolvimento, natureza jurídica, objeto de proteção, e outros aspetos que, por fim, nos permita compreender o pano de fundo, este ramo do direito.

A relação do direito de autor está intimamente ligada a liberdade de informação. Nos primórdios, eram tidos como privilégios reais de impressão e comercialização, submetidos

¹ Recordo que o enfoque do artigo incide somente na liberdade de panorama em relação ao direito de autor, deixaremos de lado quaisquer outras potenciais infrações decorrentes do direito de imagem (direito de personalidade), direito industrial, nomeadamente em matéria de marcas, e também que dialoguem com o direito constitucional e administrativo, quanto objeto de interesse na segurança nacional e preocupações relativas ao terrorismo.

²“Artigo 5º - Exceções e limitações: (3) - Os Estados-Membros podem prever exceções ou limitações aos direitos previstos nos artigos 2º e 3º nos seguintes casos: (h) - Utilização de obras, como por exemplo, obras de arquitetura ou escultura, feitas para serem mantidas permanentemente em locais públicos.”

ao juízo dos soberanos, como forma de censura cultural e política. Eram verdadeiros monopólios comerciais.³

O direito de autor surge, mais precisamente pela força das Revoluções Liberais, na abolição de tais privilégios, pelas palavras de LE CHAPELIER, em 1791, fundado no direito natural, sendo a obra um fruto da criação humana⁴. Tal humanização da criação desperta o interesse individualista na proteção da obra, sendo a propriedade o instrumento capaz de cercá-la e afastá-la, teoricamente, de agressões por terceiros (eficácia *erga omnes*).

Importa mencionar que diferente origem teve o *copyright*, que pelas mãos do Parlamento Britânico, passou o *Statute of Anne*, também conhecido como *Copyright Act 1710*⁵, “justificado como instrumento adequado de promoção do interesse público da promoção da aprendizagem”⁶.

Nessa esteira, já podemos notar uma predisposição embrionária da função máxima de cada sistema. No sistema anglo-saxão temos uma primazia do interesse público face aos direitos individuais. Por outro lado, o direito de autor continental prefere servir antes aos interesses individuais dos autores, o que acaba por embarçar, em certa medida, a liberdade de informação. No entanto, ambas figuras, a *propriedade* e a *liberdade*, são outorgantes inderrogáveis de um novo modelo de Estado e, portanto, de sociedade no pós-Revolução.

O desenvolvimento do corpo jurídico é resultado do equilíbrio fino entre o direito de autor e a liberdade de informação, levando sempre em consideração o contexto social, político e cultural de cada tempo. A cada novo salto tecnológico capaz de dilatar os direitos exclusivos, um novo contrapeso adequado e garantidor de acesso ao conhecimento.

A natureza jurídica do direito de autor, em decorrência do objeto de proteção, que falaremos mais adiante, sofreu constantemente de certa instabilidade, conforme o desenvolvimento da legislação e jurisprudência. A ideia vincada de propriedade advinda da origem mencionada anteriormente teve sempre mais força e puxava o polo para o campo dos direitos reais. Teorias como a dualista, de JOSEF KOHLER⁷, e personalista, arraigada no

³ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, 2008, p. 79.

⁴ “*La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et, si je peux parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l’ouvrage, fruit de la pensée d’un écrivain*” *apud* Alexandre Libório DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, 2008, p. 51.

⁵ L. Ray PATTERSON & Craig JOYCE, Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders' View of Copyright Power Granted to Congress in Article 1. Section 8, Clause 8 of the U.S. Constitution, *Emory Law Journal*, 52(1), 2003, p. 910.

⁶ DAVIES 2002, p. 4 *apud* Alexandre Libório DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, 2008, p. 51.

⁷ “via o direito de autor como um direito de propriedade sobre coisas incorpóreas, o qual subsistia ao lado de um direito individual, sem conteúdo autoral específico”. Vide J. KOHLER, *Das Literarische und Artistische*

pensamento de IMMANUEL KANT⁸, tentaram auxiliar na necessidade da ciência jurídica de encontrar a natureza do direito de autor.

Com a aprovação do Decreto-Lei nº 46980, de 27 de Abril de 1966, pareceu começar a perder força, em Portugal, a ideia de propriedade intelectual, justificada pela incorporeidade da obra e sua independência do direito de propriedade sobre o seu suporte material⁹. Mesmo assim, tais justificações não foram suficientes para afastar a conceção de propriedade.

Apesar da teoria da propriedade intelectual não ser consensual¹⁰, é a mais enraizada na cultura jurídica do direito de autor continental, principalmente por gozar de proteção constitucional (Artigo 16º sobre âmbito e sentido dos direitos fundamentais e Artigo 42º sobre liberdade de criação cultural) como direito de propriedade, em correspondência à Declaração Universal dos Direitos do Homem (nº2 do Artigo 27º), e à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que assegura, ainda, que “as artes e a investigação científica são livres” (Artigo 13º) e que “é protegida a propriedade intelectual” (nº2 do Artigo 17º). Para a doutrina portuguesa, essa última inclusão, indica que o legislador comunitário pretende, de modo proposital, classificar o direito de autor como um direito de propriedade.¹¹

E qual seria o objeto de proteção desse direito de propriedade, *i. e.*, do direito de autor? Bom, apesar de não ser tão assertiva, o legislador português coloca no Artigo 1º do CDADC uma noção daquilo que é o “objeto de direito de autor”. Para nos auxiliar esclarecer o preceito, temos que realizar uma interpretação sistemática, ressaltando, que não são obras intelectuais para efeitos do direito de autor, as marcas, invenções e desenhos industriais, sendo estas bens de propriedade industrial. Temos de perceber também que a simples constatação de uma descoberta científica, não é por si só objeto de proteção, devendo tal descoberta ser dotada de criatividade, demonstrada e formalizada via uma expressão artística ou literária. E por último, ainda temos que perceber que obras com expressão formal não acabadas, não estão sujeitas à proteção (nº2 do Artigo 1º do CDADC).

Kuntswerk und sein Autorschutz: Eine juridisch-ästhetische Studie, Bensheimer, 1892 e *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Enke, 1907 *apud* Patrícia AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 20.

⁸ “O acto pessoal de criação que gera o direito de autor” Vide I. Kant, *Von der Unrechtmässigkeit des Büchernachdruckes*, 1785, U.F.I.T.A., 1987 p. 106 *apud* Patrícia AKESTER, *ob. cit.*, 2013, p. 20.

⁹ Artigo 7º deste Código: “o direito de autor sobre a obra intelectual como coisa incorpórea”. Mário Moreira da SILVA, *Código do Direito de Autor Anotado.*, 1966.

¹⁰ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, “Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 62(2), 2002, p. 467-485.

¹¹ Patrícia AKESTER, *ob. cit.*, 2013, p. 21 e Alexandre Libório DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, 2002, p. 467-485.

Acabamos de ver que a obra é uma criação intelectual, em outras palavras, uma criação do espírito humano, exteriorizada, incorpórea e que não depende do respetivo suporte material. Ainda assim, nos falta dizer os requisitos necessários para a tutela de uma obra intelectual: *exteriorização* e *originalidade*.

A exteriorização significa que a criação intelectual deve “ter uma expressão comunicativa reconhecível através de uma forma sensorialmente apreensível”¹². A originalidade não é compreendida como uma noção tão aberta, inicialmente extraída da indefinição conceitual fornecida pela Convenção de Berna¹³. Quando estamos no sistema de direito de autor continental, conjugando os Artigos 2º e 3º do CDADC e a interpretação dos Tribunais, a originalidade é percebida como individualidade, *i. e.*, tem quer ser perceptível, a partir da obra intelectual, que há traços da personalidade do autor e criatividade na elaboração. Existem ainda, segundo a lei portuguesa (Artigo 3º do CDADC), obras que são equiparadas às obras originais, *i. e.*, obras que são derivadas de obras originais. Com exceção das obras coreográficas e pantominas, a tutela da obra intelectual não exige registo ou qualquer outra forma de fixação.

Diferente abordagem é dada no sistema anglo-saxão, o *copyright*, em que os requisitos destacáveis residem na *não cópia* e na *procedência* quanto a autoria da obra, reduzindo o grau de originalidade para uma verificação de “*skill, labour and judgment*”¹⁴. Neste sistema, a tutela da obra intelectual encontra-se sujeita, ainda, a um registo, denominado *copyright notice*, “contendo o símbolo (©), o nome do titular de direitos e o ano de publicação da obra”¹⁵.

Necessário é apontar, e aos poucos construir as pontes para o nosso tema, quanto o requisito de originalidade para obras de fotografia, presente no Artigo 6º da Diretiva 93/98/CEE e no considerando décimo sétimo da mesma Diretiva, atualmente localizado no considerando décimo sexto na Diretiva 2006/116/CE, que visa harmonizar a proteção nos diferentes Estados-Membros. Para estas obras, podemos perceber uma considerável divergência da conceção do sistema *copyright*.¹⁶

¹² Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 384.

¹³ Esta preferiu afirmar, no seu Artigo 2º (5) que são apenas “criações intelectuais”.

¹⁴ Patrícia AKESTER, ob. cit., 2013, p. 74.

¹⁵ *Idem*, p. 80.

¹⁶ “(17) Considerando [...] que uma obra fotográfica, na acepção da Convenção de Berna, deve ser considerada como original sempre que for criação intelectual própria do respectivo autor, reflectindo a sua personalidade, sem que outros critérios, tais como o mérito ou finalidade, sejam tomados em consideração;” Diretiva 93/98/CE.

Em relação ao direito que tutela a obra intelectual, a Convenção de Berna estabelece que a respetiva proteção pode ser obtida tanto com base na nacionalidade, quanto no local de publicação da obra¹⁷. O destaque fica para a alínea (b) do Artigo 4º da mesma convenção, que estende a proteção aos “autores de obras de arquitetura edificadas num país da União ou de obras e artes gráficas e plásticas que se integrem num imóvel situado num país da União”¹⁸.

Essa proteção encontra-se, ainda, subordinada a limites temporais, em função do caráter social, respondendo aquele equilíbrio mencionado anteriormente entre a proteção jusautorais e a liberdade de informação. O Artigo 31º do CDADC estabelece, atendendo os limites mínimos de proteção impostos pelas convenções e tratados internacionais, o prazo de 70 anos *post mortem auctoris*. Passado esse tempo, a obra cai em *domínio público*¹⁹, estando sujeita a livre utilização, sem prejuízo da defesa pelo Estado, nomeadamente o Ministério da Cultura, das faculdades pessoais do direito de autor.²⁰

Outro aspeto, que nos importa referir para preencher a noção básica, é a estrutura ou conteúdo do direito de autor, composta por *faculdades de natureza patrimonial* e *faculdades de natureza pessoal* (Artigo 9º CDADC).

Em suma, as faculdades de natureza pessoal, na doutrina amplamente difundida como *direitos morais*²¹, visam proteger a “honra e reputação dos criadores intelectuais de obras literárias e artísticas, garantindo a sua paternidade, com identificação de autoria, e a sua genuinidade e integridade, impedindo atos de modificação, mutilação ou destruição”²², bem como o direito de inédito. Como vimos, a obra é o máximo da expressão da personalidade do autor, e os direitos morais “protegem o *laço pessoal* entre o autor e a obra”²³. Além disso,

¹⁷ Artigo 3º da Convenção de Berna.

¹⁸ Tais princípios retirados da Convenção de Berna têm aplicação geral, em razão da adesão de Portugal à Convenção de Berna e também ao Acordo TRIPS.

¹⁹ Artigo 38º e ss do CDADC.

²⁰ *Idem*, Artigo 57º.

²¹ Denominação também utilizada pela legislação brasileira (Artigo 24º da Lei nº 9.610/98). NEWTON SILVEIRA, *Propriedade Intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software e cultivares* (3ª ed ed.), Barueri, SP, Brasil: Manole, 2005, p. 57.

²² Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 480.

²³ TROLLER, 1983, p. 87 *apud* Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 463.

sendo direitos de personalidade, mesmo de carácter não inato²⁴, são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis (Artigo 56º do CDADC).

E por fim, o conteúdo do direito de autor é composto também por faculdades de natureza patrimonial. Estas distinguem-se das outras, pois nelas encontramos o elemento pecuniário do direito de autor. Especificamente, “dentro dos limites definidos pelas leis de direito de autor, o titular do direito de autor pode subordinar qualquer utilização pública de sua obra ao pagamento de uma remuneração”²⁵. Os direitos patrimoniais compreendem, em especial, “a faculdade de fazer ou de autorizar o seguinte; a publicação ou qualquer outra reprodução da obra para distribuição ao público; a sua transmissão ao público por representação, radiodifusão ou por fio; proceder a traduções ou qualquer tipo de adaptação da obra e utilizá-las em público”^{26 27}.

Em suma, no desempenho dos direitos patrimoniais, o autor goza de direito exclusivo de utilizar a obra, total ou parcialmente, ou de autorizar terceiro a utilizá-la, segundo a espécie e natureza da obra e conforme os modos de utilização atualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser (nº2 do Artigo 9º; e nº1 dos Artigos 67º e 68º do CDADC).

2. Direito de Autor e os direitos exclusivos de exploração económica

Seguindo em frente, faz-se necessário examinarmos mais de perto os direitos exclusivos, em que consistem e a razão de ser. Como o direito de autor é composto por um leque de direitos morais e económicos, segundo uma estrutura dualista ou geminada²⁸, os direitos económicos visam, em conformação à proteção da personalidade (inalienável) do autor pelos direitos morais, possibilitar o tráfego jurídico, *i. e.*, disponibilizar a livre circulação por meio contratual ou legal dos exclusivos de exploração económica, em forma de transmissão ou de simples autorização.²⁹

²⁴ Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (4ª ed ed.). (A. PINTO MONTEIRO, & P. MOTA PINTO, Edits.) Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2012, p. 101.

²⁵ Organização Mundial da Propriedade Intelectual, *Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighbouring Rights*, 1983, p. 95.

²⁶ *Idem* 22.

²⁷ Em Portugal, ver Artigo 67º (2) e Artigo 68º do CDADC.

²⁸ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 487.

²⁹ Artigos 40º e seguintes do CDADC.

Tais direitos independem do direito de propriedade sobre coisas materiais utilizadas como base para a criação intelectual, “trata-se de afirmar o primado das criações de espírito sobre o domínio dos bens materiais que lhes sirvam de suporte”³⁰. Porém, em se tratando da criação intelectual em si, já vimos a sua natureza jurídica de propriedade, e nela abrange as faculdades típicas do pleno poder sobre a coisa (incorpórea): “os direitos reais e direitos absolutos afins reservam para o respetivo titular o aproveitamento económico dos bens correspondentes, expresso nas vantagens provenientes do seu uso, fruição, consumo ou alienação”³¹.

Na legislação portuguesa (Artigo 68º do CDADC), o direito exclusivo de utilização e exploração económica se encontra exposto como uma cláusula geral exemplificativa, por meio de um catálogo aberto de modos de utilização³², e podem ser reunidas em três tipos de direitos económicos: reprodução, distribuição e comunicação ao público.

O direito económico de reprodução consiste em multiplicar em exemplares no suporte material³³, não sendo, por isso, considerado reprodução o modo de utilização que não importe a multiplicação em exemplares (ex. execução de obra musical; recitação de obra literária). Esta forma pode ser considerada até como um direito instrumental ou acessório, pois a sua efetiva utilização parece depender dos outros modos, distribuição e comunicação ao público.

O direito de distribuição consiste em colocar em circulação a obra intelectual, através de canais comerciais adequados, como a venda ou qualquer outro meio³⁴. A distribuição está sujeita ao *esgotamento*, pois visa restringir o direito, tendo em vista que a primeira transmissão de propriedade esgota o direito de distribuição do original ou de cópias, enquanto exemplares corpóreos. Dentro das naturezas que esse esgotamento pode revestir (nacional, regional ou internacional), a Diretiva 2001/29/CE optou pela noção de esgotamento regional (distribuição esgota na Comunidade).³⁵

³⁰ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p.484.

³¹ Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral* (10ª ed ed., Vol. I). Coimbra: Almedina 2006, p. 491-492.

³² Para Alexandre Libório DIAS PEREIRA, a transposição da Diretiva 2001/29/CE foi um desperdício no potencial auxílio ao CDADC na organização dos direitos económicos, tendo em vista a adoção, por parte do legislador comunitário, de um catálogo fechado (taxativo). Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 612.

³³ Artigo 6º do CDADC.

³⁴ Artigo 4º da Diretiva 2001/29/CE, bem como alínea f do nº2 do Artigo 68º do CDADC.

³⁵ Nos EUA, *first sale doctrine*. Patrícia AKESTER, ob. cit., 2013, p. 105.

O direito de comunicação ao público consiste na transmissão de uma obra, que se torne “perceptível para um público em geral e não por um círculo restrito a certas pessoas pertencentes a certos grupos particulares”³⁶. Possui uma noção mais ampla do que a de publicação, englobando formas de comunicação como a radiodifusão ou a televisão por cabo, incluindo, desde 1996 pelo Tratado da OMPI, serviços interativos utilizados a partir do local e no momento determinados pelos membros do público.³⁷

Para já, vale mencionar que os direitos exclusivos garantidos pelo direito de autor nunca encontraram uma vida fácil quando se tratam de obras artísticas localizadas permanentemente em espaços públicos. Em matéria de fotografias em locais públicos, então, o problema torna-se inevitável³⁸. Contudo, o aproveitamento económico admite exceções ou limites por razões de proteção dos interesses morais dos autores, da reserva de intimidade da vida privada e do interesse público.

2.1. Exceções e limites aos direitos exclusivos de exploração económica

Existem formas de utilização que são subtraídas ao direito exclusivo e, por isso, a proteção do direito de autor é acompanhada de limitações. Esses limites possuem a natureza de exceções, o que não os impedem de aplicação analógica e nem de interpretação restritiva³⁹. O CDADC versa sobre essa matéria sob a denominação de *utilização livre*, no Artigo 75º. Basicamente, são identificadas três finalidades capazes de eclodirem a necessidade de atuação das exceções e limites.

Em primeiro lugar, as que visam salvaguardar, essencialmente, os direitos do indivíduo. Em seguida, as que tutelam interesses de natureza comercial. E por último, as que se dedicam a fomentar a disseminação da informação e do conhecimento para o bem comum. Veremos o fundamento de cada uma delas, bem como exemplos que nos ajude a chegar, finalmente, ao nosso destino.

Os direitos do indivíduo são limitações fundamentadas com base na reserva de intimidade da vida privada que, em outros termos, representa a impossibilidade do poder do

³⁶ Organização Mundial da Propriedade Intelectual, *Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighbouring Rights*, 1983, p. 42.

³⁷ Alínea f do Artigo 68º/2 do CDADC.

³⁸ Andrew INESI, *Images of Public Places: Extending the Copyright Exemption for Pictorial Representations of Architectural Works to Other Copyrighted Works*, 13 J. Intell. Prop. L., 2005, p. 61 e 63.

³⁹ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 540.

autor de controlar a utilização da obra, de modo invasivo em relação a privacidade do utilizador (por exemplo, autorizar a reprodução para uso privado e não comercial). Tal limitação pode estar sujeita a um *princípio de liberdade de uso privado*⁴⁰.

Os limites que tutelam interesses de natureza comercial, obedecem sobretudo a uma certa “lógica empresarial”⁴¹, tendo em vista as obras representarem valores de exploração económica. Possibilitam, de modo geral, um equilíbrio na relação jurídica entre os autores e os utilizadores da obra, como por exemplo, a tolerância na descompilação de programas de computador para efeitos de comunicação e interação entre sistemas operacionais.

E por fim, as limitações que se dedicam a fomentar a disseminação da informação e do conhecimento para o bem comum, como o próprio texto explica, está alicerçada na *interesse geral*, fins sociais que conduzem o direito de autor. “Como todos os direitos privados, os direitos de autor são também direitos limitados por razões sociais: estão sujeitos a limitações, que circunscrevem a esfera jurídica dos particulares em vista das exigências do público”⁴². São os limites decorrentes das liberdades de informação e de expressão, de ensino e aprendizagem, e de criação cultural.

Como mencionado, os limites encontram-se dispostos no Artigo 75º do CDADC, mas eles não foram lá parar sem motivo. Os limites foram alvo de opção político-legislativa portuguesa na transposição da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

2.2. Exceções e limites aos direitos exclusivos na Diretiva 2001/29/CE

Conforme visto anteriormente, sabemos que a intenção da Diretiva 2001/29/CE, conhecida também por *InfoSoc Directive*, era de harmonizar o núcleo patrimonial dos direitos de autor e conexos segundo as exigências do mercado interno, em razão desse ramo jurídico proteger e estimular o desenvolvimento e comercialização de novos serviços e produtos, “bem como a criação e exploração do seu conteúdo criativo”⁴³.

O sistema seguido pela Diretiva é o da tipificação taxativa, que não permite aos Estados-Membros a inclusão de outros limites, colocando à disposição dos países um *menu*

⁴⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, 1992, p. 199-202 *apud* Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 534.

⁴¹ ORLANDO DE CARVALHO, 1997 *apud* Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 489.

⁴² ULMER, 1980 *apud* Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 538.

⁴³ Considerando (2) da Diretiva 2001/29/CE.

previamente definido, restando apenas a escolha, *à la carte*⁴⁴, da transposição daqueles limites que melhor convergirem com a ordem jurídica nacional.

Olhando para o amplo catálogo de limites na Diretiva, finalmente chegamos aqui ao centro, destino dos nossos estudos, no direito comunitário. Na alínea *b* do n.º3 do Artigo 5º, está o fundamento da discussão europeia, o equilíbrio entre o direito de autor e a liberdade de informação, impulsionada pelo veloz desenvolvimento tecnológico e digital, a *liberdade de panorama*:

“Artigo 5º

3 – Os Estados-Membros podem prever exceções ou limitações aos direitos previstos nos artigos 2.º e 3.º nos seguintes casos:

(b) – Utilização de obras, como por exemplo, obras de arquitectura ou escultura, feitas para ser mantidas permanentemente em locais públicos.” (Diretiva 2011/29/CE).

3. A Liberdade de Panorama

Então, já sabemos que a liberdade de panorama é uma figura do direito de autor, e está prevista como um limite aos direitos exclusivos de exploração económica na Diretiva 2011/29/CE. Mas antes de apresentarmos as problemáticas envolvendo o tema, precisamos encontrar uma definição, como ponta pé de partida, para relacionar e preencher efetivamente o a formulação legal proposta pelo legislador comunitário.

*“Member States are allowed, under Article 5(3)(b) of the InfoSoc Directive, to introduce an exception, also known as ‘freedom of panorama’, for the use of works, such as works of architecture or sculpture, which are made to be located permanently in public places.”*⁴⁵

A liberdade de panorama consiste, então, em uma limitação na tutela do direito de autor, quando em sede está uma obra intelectual, criada para localizar-se, de modo permanente⁴⁶, em espaço público. Aqui já podemos utilizar, com a experiência de casos que serão mencionados mais adiante, um conceito alargado do objeto de proteção do direito de

⁴⁴ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 546.

⁴⁵ European Parliamentary Research Service (EPRS), *Review of the EU copyright framework: The implementation, application and effects of the “InfoSoc” Directive (2011/29/EC) and of its related instruments*. European Union, Brussels, 2015, p. 136.

⁴⁶ De acordo com o tempo de vida da obra. Não se compreende que queira dizer de modo eterno.

autor no preceito legislativo. Então, quando se fala em “obras de arquitetura e escultura”, não podemos nos prender a uma interpretação literal e restritiva. Na verdade, a *ratio legis* está a englobar toda a categoria de arte que, como algumas obras de arquitetura e escultura, são criações para estarem expostas em espaços públicos (como por exemplo, pinturas de murais e *graffitis*).

Tais obras, tecnicamente denominadas como *arte pública*⁴⁷, que podem ser categorizadas no mesmo plano das obras de arquitetura e escultura, o são fundamentalmente em razão de serem exibidas em locais públicos e por, maioritariamente, serem obras de *cópia única*⁴⁸, em outras palavras, feitas especificamente para atender determinada localização e função artística. Nem todas as obras entendidas por arte pública se limitam única e exclusivamente por deter uma função artística. Obras como edifícios, construções, pontes, são compreendidas e realizadas, na generalidade, pela respetiva dimensão funcional, mas nem por isso deixam de incorporar uma criação estética.

Importante é entender o que é, de facto, um *espaço público*. Temos a consciência, advinda da utilização do termo na filosofia, política e comunicação social, que espaço público é entendido como meio de interação entre cidadãos de determinada sociedade, bem como o local propício para o centro de poder (tomada de decisões) concernentes à essa sociedade. A partir daí, podemos perceber que as ruas, avenidas, praças, rotundas, parques e jardins públicos de uma cidade, constituem o espaço público.⁴⁹

O desenvolvimento da sociedade, em geral, permitiu uma drástica mudança na paisagem. O rápido crescimento dos centros urbanos substituiu a paisagem natural por grandes arranha-céus, placas publicitárias, influenciando também o modo de vivência e circulação nas ruas. Acompanhando essa explosão, o planeamento urbanístico e paisagístico foi mais do que preciso.

⁴⁷ “A razão fundamental para que exista aquilo que se entende por *arte pública*, é o facto de esta se encontrar colocada em espaço público. Deste modo, o espaço público e a arte pública assumem uma relação especial entre si: o espaço público não se define como tal a parte da arte pública, mas a arte pública define-se como tal a partir da arte pública”. Victor CORREIA, *Arte Pública: seu significado e função*. Lisboa: Fonte da Palavra, 2013, p. 8.

⁴⁸ “The features of being publicly displayed as well as being works in a single copy categorise architectural works as public art...” Lilla MONTAGNANI, *Freedom of panorama: what copyright for public art and architectural works?* Obtido em 2017, de Kluwer Copyright Blog: <http://kluwercopyrightblog.com/2015/07/12/freedom-of-panorama-what-copyright-for-public-art-and-architectural-works/>, 2015.

⁴⁹ Victor CORREIA, ob. cit., 2013, p. 120.

A evolução tecnológica na sociedade da informação, tanto no que toca a aparelhos capazes de capturar e reproduzir com facilidade, quanto nas inúmeras plataformas online de partilha de conteúdos, antes de uso privado, fizeram com que a convivência do direito de autor e a arte pública, se tornasse ainda mais problemática.

Atualmente nos encontramos na era da comunicação, da rede, da internet e da globalização. A informação circula numa velocidade nunca antes vista. Diariamente recebemos e enviamos centenas de conteúdos, pessoais e comerciais. Associado a expansão do consumismo, o ser humano produz desenfreadamente tudo o que pode e consegue. Ultrapassa barreiras e, com um simples telemóvel, reporta notícia, grava vídeos, tira fotos, reproduzindo conteúdo, de espaços públicos.

O crescimento exponencial da criação de imagem pelos consumidores nos espaços públicos e a distribuição em massa das imagens resultantes via internet, diante de leis que restringem a tomada ou distribuição desse conteúdo em locais públicos, tornou conflituosa a relação entre os titulares de direito autoral e o mundo.

Para termos uma singela noção de quão relevante pode ser a matéria, ela envolve desde a tentativa do Secretário-Geral do Conselho Supremo de Antiguidades do Egito de requerer proteção, via direito de autor, das Pirâmides^{50 51}, até o caso de reprodução de obras arquitetónicas, em inglês o trocadilho “*duplitectural*”⁵², que acontece na China, em que imitações de monumentos, prédios como a *Casa Branca* e o *Capitólio Americano*, e até a paisagem da *Torre Eiffel* (incluindo prédios nos arredores, jardins e fontes, todos no estilo francês), tomam conta da paisagem.

Por isso, passaremos agora a retratar, em linhas gerais, a liberdade de panorama na experiência europeia, no sistema *copyright* britânico e, em especial na visão continental, no *droit d'auteur* francês, para que no fim, usufruindo da bagagem da figura *liberdade de panorama*, com a noção fornecida inicialmente sobre o direito de autor, apresentemos o caso português e as problemáticas no respetivo enquadramento europeu.

⁵⁰ World Intellectual Property Organization, 2011.

⁵¹ BBC, *One minute world news: Egypt 'to copyright antiquities'*. Obtido de BBC News: http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/7160057.stm, 2007.

⁵² Steven HELLER, *Duplitectural Marvels: Exploring China's Replica Western Cities*. Obtido de The Atlantic: <http://www.theatlantic.com/entertainment/archive/2013/02/duplitectural-marvels-exploring-chinas-replica-western-cities/273366/>, 2013.

3.1. A Liberdade de Panorama no sistema de *copyright* do Reino Unido

A previsão da liberdade de panorama no Reino Unido encontra-se no *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988 (CDPA), mais precisamente na secção 62⁵³, inserido no capítulo que trata de atos permitidos em relação a obras protegidas por *copyright*.

“62 Representation of certain artistic works on public display.

(1) *This section applies to—*

(a) *buildings, and*

(b) *sculptures, models for buildings and works of artistic craftsmanship, if permanently situated in a public place or in premises open to the public.*

(2) *The copyright in such a work is not infringed by—*

(a) *making a graphic work representing it,*

(b) *making a photograph or film of it, or*

(c) *making a broadcast of a visual image of it.*

(3) *Nor is the copyright infringed by the issue to the public of copies, or the communication to the public, of anything whose making was, by virtue of this section, not an infringement of the copyright.” (CDPA)*

É possível perceber, logo *a priori*, o nível de descrição e clareza do texto legal. Temos, no número (1), os tipos de obras as quais incidem a liberdade de panorama e, no número (2), os atos permitidos (ou modos de utilização) que não estão sujeitos à infração do direito. Analisando mais profundamente, podemos notar que a lei deixa claro que a tutela jusautoral está limitada quando se trata de transmissões televisivas para fins de noticiário e informação, incluindo até programas de televisão a cabo, adotando, então, uma limitação em razão do interesse geral. No mais, vemos também um catalogo muito mais amplo de obras sujeitas à tal limitação, para além de prédios, obras arquitetónicas e esculturas, tem-se também o artesanato.

O conceito de prédios, obras de arquitetura e escultura são de mais fácil assimilação ao público, entretanto, a não delimitação legal da ideia de artesanato, deixa o escopo da

⁵³ Parliament of the United Kingdom, *Copyright, Designs and Patents Act*. Obtido de The Official Home of Revised Enacted UK Legislation: <http://www.legislation.gov.uk>, 1988.

norma demasiado amplo e pode causar problemas quando da sua aplicação⁵⁴. Porém, temos de ter em conta que estamos a tratar de um sistema de *common law* e não de *civil law* (ou da família jurídica romano-germânica⁵⁵), derivada da Magna Carta (1215), do Tribunal do Júri e da lei da terra⁵⁶. Então, a *common law* se desenvolveu no sentido de se constituir numa sucessão de julgamentos e de decisões jurisprudenciais que estabeleciam precedentes para casos futuros, os chamados *case law*.

Relevante para o nosso problema, de estabelecer uma noção de artesanato para a liberdade de panorama, está no caso *George Hensher Ltd. v Restawile Upholstery Ltd.*, [1976]^{57 58}, em que o julgador *Lord Simon of Glaisdale* declarou que “uma obra de artesanato, embora não possa ser confinada à ideia de obra feita à mão, pelo menos pressupõe um treinamento especial, habilidade e conhecimento para sua produção” e “implica uma manifestação de orgulho na obra - uma rejeição da má qualidade, do sem valor e integridade, do fácil”⁵⁹ e, por último que essa manifestação de artesanato também deve apresentar características artísticas.⁶⁰ De acordo com a opinião de *Lord Simon of Glaisdale*, as obras artesanais tuteladas podem incluir azulejos pintados à mão, vitrais, portões de ferro forjado e os produtos

⁵⁴ Interessante é que no sistema de *copyright* americano, o §120º(a) do *Copyright Act of 1796*, apenas prevê limitação de proteção de obras de arquitetura e algumas esculturas incluídas no processo. Na altura, pelo caráter funcional e por razões de utilidade, as estruturas em si não eram alvo de proteção. Veio, então, uma formulação, que integrou os prédios em si, aos desenhos e projetos arquitetónicos, bem como estruturas decorativas e acessórias, como esculturas, somente em 1990 com o *Architectural Works Copyright Protection Act* (“AWCPA”). Nos EUA, portanto, podemos encontrar uma limitação muito mais restrita. A liberdade de panorama existe para a reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras de arquitetura localizadas no espaço público. Bryce Clayton NEWELL, *Freedom of Panorama: A Comparative Look at International Restrictions on Public Photography*. *Creighton Law Review*, 2010, p. 12.

⁵⁵ Dário Moura VICENTE, *Direito Comparado* (3ª ed ed., Vol. I). Coimbra: Almedina, 2014, p. 61.

⁵⁶ British Library, s.d., *Magna Carta*. Obtido em Janeiro de 2017, de British Library: <https://www.bl.uk/magna-carta>.

⁵⁷ Centre for Intellectual Property and Information Law, s.d., *Projects: Virtual Museum - Hensher v Restawile [1976] AC 64*. Obtido em Janeiro de 2017, de Centre for Intellectual Property and Information Law: <http://www.cipil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/hensher-v-restawile-1976-ac-64>.

⁵⁸ *George Hensher Ltd. v Restawhile Upholstery (Lancs.) Ltd.* 1976. WordPress.

⁵⁹ Tradução livre por Murillo SANCHES “work of craftsmanship, even though it cannot be confined to handicraft, at least presupposes special training, skill and knowledge for its production” and “implies a manifestation of pride in sound workmanship—a rejection of the shoddy, the meretricious, the facile”. *George Hensher Ltd. v. Restawile Upholstery (Lancs.) Ltd.*, [1976] A.C. 91.

⁶⁰ Bryce Clayton NEWELL, ob. cit., 2010, p. 21.

mais artísticos e de alta classe da impressão, encadernação, talheres, costura e armário⁶¹. *Lord Kilbrandon* e *Lord Reid*, opinam respetivamente, sobre o mesmo caso, que nos trabalhos de artesanato devem ser possíveis a dedução de uma consciência de proposta de criação artística do próprio trabalho, e que não deve ser um trabalho comum ou vulgar, tem de haver um caráter artístico.

Para além, então, do alargamento dos tipos de obras qualificadas sujeitas à limitação via liberdade de panorama no sistema de *copyright* britânico, outra questão que nos chama atenção é a localização das obras, que não se circunscreve apenas a espaços públicos, mas também em locais *abertos ao público*. Esses locais abertos ao público podem ser entendidos até como um local privado aberto ao público⁶², como por exemplo, um restaurante, um hotel, indicando que a liberdade de panorama pode ser estendida até esses locais. Isso completa a explicação do *case law* supramencionado, quando se refere a artesanato digno de proteção “talheres e armários”, porém de tutela limitada pela liberdade de panorama.

Após esses destaques, convém sabermos agora se existe uma figura capaz de adaptar o texto legal e realidade fática, e propor o equilíbrio entre a proteção e a liberdade de informação. No Reino Unido encontramos o instituto do *fair dealing*, o qual passaremos, brevemente, a expor.

3.1.1. O *fair dealing* no sistema de *copyright* do Reino

Unido

O *fair dealing* é uma figura que permite o tribunal afastar a aplicação rígida da legislação de direito de autor, neste caso, do *Copyright, Designs and Patents Act (CDPA)*, em ocasiões que tal aplicação possa comprometer a atividade criativa, intenção autêntica da legislação autoral. Então, nas secções 29º e 30º do CDPA⁶³, são previstos três tipos de situações em que o *fair dealing* é uma defesa válida⁶⁴, quando a utilização reveste uma finalidade de pesquisa ou estudo

⁶¹ *George Hensher Ltd. v. Restawhile Upholstery (Lancs.) Ltd.*, 1976, p. 91-92 *apud* Bryce Clayton NEWELL, ob. cit., 2010, p. 21.

⁶² Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 537.

⁶³ Parliament of the United Kingdom, 1988.

⁶⁴ No sistema norte-americano há instituto semelhante, na verdade é o primo famoso, se assim podemos dizer, denominado *fair use*. Ele encontra-se previsto na secção 107º do *Copyright Act* de 1976. A “cláusula tem o caráter de uma *affirmative defense*, o que equivale dizer que ela releva apenas nos casos em que exista um infração a um dos direitos legalmente reconhecidos ao autor”. WILLIAM F. PATRY, 134, 1995 *apud* Cláudia TRABUCO, *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 497.

particular sem propósito comercial, quando é uma forma de realização de crítica e análise, e quando é para fins de notícia, reportar eventos atuais.⁶⁵

Segundo as normas britânicas, a defesa que alega o *fair dealing*, tem que comprovar a utilização em conformidade com os três propósitos acima identificados. Em contraste, no *fair use* americano, os fatores são delimitados em termos muito genéricos, de modo não exaustivo, e não impedem que os tribunais tomem em consideração outros critérios.⁶⁶

Para além do enquadramento rígido das três propostas de utilização, o potencial infrator, ao alegar em sua defesa o *fair dealing*, em alguns casos previstos na própria lei, tem que comprovar reconhecimento suficiente da obra que está a utilizar, *i. e.*, na reprodução tem que haver alguma identificação ou descrição sobre a obra original.

3.2. A Liberdade de Panorama no sistema de *civil law* europeu

Como mencionado, a Diretiva 2001/29/CE, que implementou disposições do Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor, concede expressamente aos Estados-Membros o direito de limitar a proteção dos direitos de autor das obras permanentemente situadas em locais públicos. A alínea *b* do nº3 do Artigo 5º, desta diretiva estabelece que os Estados-Membros podem limitar o direito de autor à "utilização de obras, tais como obras de arquitetura ou escultura, colocadas permanentemente em locais públicos".

Na Europa, o carácter discricionário do artigo referido, permite aos Estados-Membros da UE regulamentar a questão nos seus próprios termos. Por exemplo, até o ano passado (2016) a França ainda não havia legalmente introduzido a liberdade de panorama e, portanto, o equilíbrio entre interesses privados e públicos era deixado ao juiz. Outros países pertencentes a tradição jurídica do *civil law*, como a Dinamarca⁶⁷ e Espanha⁶⁸, introduziram esta exceção, mas apenas no que toca a reprodução para fins pessoais e não comerciais.

⁶⁵ Distinta é a previsão americana, na qual o *fair use* compreende uma regra geral, uma lista aberta exemplificativa, e não a tipificação menos flexível do Reino Unido.

⁶⁶ Cláudia TRABUCO, ob. cit., 2006, p. 497.

⁶⁷ Secção 12 sobre reprodução para uso privado, do *Consolidated Act on Copyright* No. 1144 de 23 de Outubro de 2014, feito pelo Parlamento dinamarquês (*Folketinget*). World Intellectual Property Organization, WIPO Lex.

⁶⁸ Artigo 31º sobre reproduções temporárias e cópias privadas, no Capítulo II sobre limites da *Ley de Propiedad Intelectual*, *Real Decreto Legislativo 1/1996*, de 12 de abril. World Intellectual Property Organization, WIPO Lex.

3.2.1. A Liberdade de Panorama no *droit d'auteur* da França

A reprodução de imagens das cidades europeias é comum nas redes sociais. Muito se falou, para colocar nos termos corretos, publicitou⁶⁹, que até 2016, de acordo com a legislação em vigor em França, quem publicasse fotografias nas suas contas do *Facebook* ou *Instagram* estaria a infringir a lei, já que a norma em vigor protegia obras de arte públicas e edifícios recentes e que, portanto, sem a transposição da alínea *b* do n.º3 do Artigo 5º da Diretiva *InfoSoc*, não haveria liberdade de panorama. Porém, em França “nunca um usuário foi processado por reproduzir imagens das suas férias ou mostrado o trabalho de um arquiteto que ele admira. Isto é verdade para obras localizadas no espaço público. Esta é também para todos os outros trabalhos”⁷⁰. Veremos a evolução dos acontecimentos e do direito.

Pelo que já foi visto, temos consciência de que a Diretiva sobre a harmonização do núcleo patrimonial dos direitos de autor e conexos segundo as exigências do mercado interno, optou por colocar ao encargo dos Estados-Membros, conforme o entendimento quanto a adaptação à legislação nacional, da limitação da proteção de obras públicas localizadas permanentemente em público.

Por conseguinte, a França não adotou a liberdade de panorama proposta à *la carte* pela União Europeia, ficando a incumbências aos tribunais, obrigados a encontrar o equilíbrio entre o interesse do autor e o interesse do público, de acordo com o que é ditado pela exceção ao direito exclusivo de reproduzir inserido dentro de suas leis nacionais de direitos autorais. Por isso, as decisões variavam, conforme o caso de utilização, reprodução para fins de informação, aprendizagem, o interesse geral falava mais alto, e quando se tratavam de fins comerciais (como por exemplo, postais) os juízes estavam “livres” para favorecer os autores.⁷¹

⁶⁹ Catarina FALCÃO, “Cuidado, há selfies que podem vir a ser crime na União Europeia”, *Observador*, 2015.

⁷⁰ Tradução livre por Murillo SANCHES “*Jamais un internaute n’a été poursuivi pour avoir rendu compte en images de ses vacances ou montré l’œuvre d’un architecte qu’il admire. Cela est vrai pour les œuvres situées dans l’espace public. Cela est aussi pour toutes les autres œuvres.*” (Marie-Anne FERRY-FALL, “Le droit d’auteur est-il soluble dans l’exception de panorama?”, *Legipresse*, 2016).

⁷¹ Com exceção do caso dos autores, Daniel Buren e Christian Drevet, contra os fabricantes de cartão postal, que reproduziram a imagem da *Place des Terreaux* em Lyon, com as 72 pequenas fontes decorativas projetadas pelos autores, sem autorização e menção de autoria. Neste caso, o tribunal considerou que para haver proteção, o enfoque da obra intelectual na reprodução deve ser essencial, e que este não seria o caso. (Cour de Cassation - chambre civile 1, *Jurisprudence*. Obtido em Janeiro de 2017, de Legifrance: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050437&dateTexte>, 2005) ver

No entanto, com a recente intenção de revisão das leis de direitos de autor por parte da Comissão Europeia, países como a Bélgica e a França iniciaram o debate sobre a liberdade de panorama em seus parlamentos. O objetivo era enquadrar, ao máximo, a legislação nacional, de acordo com os estudos e discussões que estavam a ser feitas na plataforma europeia, para que, desse modo, assim que a ocorresse a atualização da Diretiva, os países já teriam leis nacionais em conformidade, i. e., dar uma segurança aos trabalhos realizados nos parlamentos nacionais.

Após muito debate a nível nacional, no dia 7 de outubro de 2016, Presidente da República da França⁷², adotou o seguinte texto, intitulado “*La Loi Pour une République Numérique*”, já em vigor agora em 2017, acompanhando, em linhas gerais, a exceção de panorama em outros países da *civil law*:

“Article L122-5

Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

11° Les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial.”

Bom, basicamente o texto legal acata a liberdade de panorama para pessoas físicas, excluindo todo e qualquer uso que contenha finalidades comerciais. Então, na esteira do que ocorre na Dinamarca e na Espanha, a França adota a liberdade de panorama para fins pessoais. O grande motivo, como sabemos, é equilibrar a proteção conferida pelo direito de autor às obras e o acesso ao conhecimento, liberdade de informação.

Para tal, o texto teve em consideração a fragilidade dos autores de artes gráficas e plásticas. Eles não têm uma indústria por trás deles, como pode ser visto no campo da música, audiovisual ou livro, e por isso, estão muitas vezes sozinhos na defesa dos seus direitos, tornando-se, então, uma presa fácil. Muitas empresas (motores de busca de imagem, fornecedores de software GPS ilustrado, entre outros...) podiam ter muito a ganhar com a consagração de uma liberdade de panorama mais amplo. E os autores, muito a perder.⁷³

também (Michel GUERRIN & Florence MORICE, “La Cour de cassation limite le droit d'auteur de Daniel Buren et Christian Drevet”, *Le Monde*, 2005).

⁷² Sénat, *Espace Presse - Projet de loi pour une République numérique*. Obtido em Janeiro de 2017, de Sénat: https://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201603/projet_de_loi_pour_une_republique_numerique.html, 2016.

⁷³ Durante o período 2010-2014, a reprodução e distribuição das taxas cobradas pela ADAGP (*Société Des Auteurs Dans Les Arts Graphiques et Plastiques*), somente em nome dos arquitetos e autores de arte de rua (exceto os escultores, apesar de criadores de obras no espaço pública) atingiu € 5,9 milhões, dos 42,6 milhões

O Parlamento manteve o curso do debate e avançou com sabedoria no texto legislativo, sem ceder à pressão de uma parcela desinformada da população e dos advogados das grandes corporações.

3.2.2.A Liberdade de Panorama em Portugal

E por fim, Portugal. Neste tópico iremos abordar os aspetos mais relevantes para a liberdade panorama no país, veremos a previsão legal e as problemáticas, tais como a noção de obras inseridas na limitação, o respetivo enquadramento como Património Cultural, a identificação e o conflito de interesses existentes, o uso privado, e a regra dos três passos, bem como a influência da harmonização de direitos de autor a nível europeu.

A liberdade de panorama tem previsão legal em Portugal, tendo em vista adoção político-legislativa de transposição da Diretiva 2001/29/CE para o quadro jurídico interno, através da Lei 50/2004 de 24 de Agosto⁷⁴, que teve por base uma proposta do Governo (Proposta de Lei 108/IX/2), que entendeu como necessária as limitações e exceções para o interesse geral, aproveitando para adequar, também, certas medidas ao ambiente digital. Encontra-se prevista, então, na alínea *q* do n.º2 do artigo 75º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC).

“Artigo 75º

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

(q) – A utilização de obras, como por exemplo, obras de arquitectura ou escultura, feitas para serem mantidas permanentemente em locais públicos.” CDADC.

3.2.2.1. A obra na Liberdade de Panorama

Notamos aqui, que a transposição da Diretiva, pelo Governo português, adotou literalmente o texto proposto pela União Europeia. Portanto, como já mencionado, não

arrecadados, i. e., quase 14%. A aplicação de uma liberdade panorama ampla poderia representar uma perda de até 19% da remuneração anuais dos artistas no país. Quanto às operações de publicidade, a percentagem de obras intelectuais no espaço público chega, nos últimos 15 anos, a uma média de 58,2% dos trabalhos. Existe melhor forma de publicitar um carro do que o veículo estar estacionado em frente de um belo edifício? Qual a melhor maneira de chamar a atenção aos produtos *streetwear*? Associando-os a arte de rua. (Marie-Anne FERRY-FALL, ob. cit., 2016) ver também (Société des Auteurs Dans les Arts Graphiques et Plastiques, s.d., *Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur l'exception de panorama*. Obtido em Janeiro de 2017, de ADAGP: <http://www.adagp.fr/fr/actualites/tout-ce-que-vous-avez-toujours-voulu-savoir-sur-l-exception-panorama>).

⁷⁴ World Intellectual Property Organization, WIPO Lex, s.d..

podemos restringir a interpretação da norma, entendendo apenas que as obras de arquitetura e escultura estão abarcadas na limitação da proteção jusautorais conferida.

Retomemos, então, o conceito de arte de pública, anteriormente mencionado, e passemos a compreensão alargada, com a *ratio legis* do legislador comunitário, ao estabelecer apenas a título exemplificativo, e incluir também pinturas de murais, *grafittis*, entre outras. A arte pública atende, nitidamente, os requisitos de proteção estabelecidos, a *exteriorização* e a *originalidade*.⁷⁵

Logo, por isso, pensamos ser inadequada a formulação legal. Ela não permite operacionalizar a função da legislação, de realizar o balizamento do comportamento social, não deixando de forma suficientemente clara as obras que estão sujeitas a tais limitações, para além das obras de arquitetura e escultura. A adoção de um enunciado que categorizasse uma forma de criação artística *arte pública*, seria muito mais útil para o sistema, podendo acolher, a modo exemplificativo e também intencionando o reforço para tais obras, as obras de arquitetura e escultura.

Diante disso, poderíamos até incluir, a título de reforço exemplificativo, como bem o faz o sistema de *copyright* do Reino Unido, o artesanato. Azulejos pintados à mão, vitrais, portões de ferro forjado⁷⁶, são obras presentes no visual panorâmico português e, muitas vezes, são deixados de lado. Sabemos da importância que tem, e principalmente o valor cultural de tais obras para o país.

3.2.2.2. Liberdade de Panorama e Património Cultural

Antes de tentarmos estabelecer uma relação entre as figuras da liberdade de panorama e património cultural, precisamos perceber em que consiste o património cultural, qual classificação e critérios utilizados, o que visa proteger, para que, então, possamos ver como os utilizadores se relacionam com ele e também a liberdade de panorama.

O património cultural, além da promoção e defesa prevista no texto constitucional⁷⁷, está previsto na Lei 107/2001, e estabelece que é integrado por todos os bens de interesse cultural relevante, que manifestam o valor de civilização ou de cultura. Tais bens são objeto de especial “proteção e valorização”⁷⁸. Para nós, importa também que o interesse cultural

⁷⁵ Ver *Noção*, p. 6.

⁷⁶ *George Hensher Ltd. v. Restawhile Upholstery (Lancs.) Ltd.*, 1976, p. 91-92 *apud* Bryce Clayton NEWELL, ob. cit., 2010, p. 21.

⁷⁷ Artigo 9º (e) e Artigo 78º da CRP.

⁷⁸ Artigo 2º (1).

relevante se refira aos bens artísticos, materiais e imateriais⁷⁹, capazes de refletir valores como a “memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade”⁸⁰. A classificação como de um bem como património cultural visa proteger a memória coletiva e a identidade portuguesa.⁸¹

Então, conseguimos compreender que é possível uma obra artística ser considerada um património cultural, aliás, grande parte do património cultural de uma nação comporta obras intelectuais, como por exemplo, *Os Lusíadas* de Luís de Camões⁸² até o *Pavilhão de Portugal* projetado pelo arquiteto Álvaro Siza Vieira⁸³. Porém, nem sempre as obras classificadas como património cultural são integrantes do património público, devendo a Administração Pública colaborar com os detentores desses bens culturais no objetivo de promoção e valorização do património.

O Artigo 7º da Lei 107/2001, sobre o direito à fruição do património cultural, afirma que a utilização “por terceiros de bens culturais, cujo o suporte constitua objeto de propriedade privada ou outro direito real de gozo, depende de modos de divulgação concertados entre a administração do património cultural e os titulares das coisas”. Ainda, o nº 3 do mesmo artigo diz que “a fruição pública dos bens culturais deve ser harmonizada com as exigências de funcionalidade, segurança, preservação e conservação destes”. Quanto ao acesso, todo o texto legal afirma para o acesso público, até o colocando como objetivo da classificação de um bem⁸⁴, somente podendo ser afastado mediante comprovação de incompatibilidade concreta, alegando a violação de direitos, liberdades e garantias pessoais ou outros valores constitucionais⁸⁵. E ainda vai além, promovendo a universalidade de fruição dos bens integrantes do património cultural, como modo de “desenvolvimento da personalidade através da realização cultural”⁸⁶.

Então, no que toca a liberdade de panorama, devemos observar certas exigências, não decorrentes do direito de autor, mas em função do bem reproduzido ser um bem classificado como património cultural. Exemplifiquemos, não se pode utilizar, através de uma reprodução em vídeo para fins publicitários, o espaço do Pavilhão de Portugal, sem

⁷⁹ Artigo 2º (6).

⁸⁰ Artigo 2º (3).

⁸¹ Artigo 2º (4).

⁸² Classificado como Património Móvel Cultural. Direcção-Geral do Património Cultural.

⁸³ Classificado como Imóvel de Interesse Público em 2010 pela Direcção-Geral do Património Cultural.

⁸⁴ Artigo 12º.

⁸⁵ Alínea a do nº2 do Artigo 21º.

⁸⁶ Artigo 7º.

autorização e concertação com o administrador do bem classificado. Podemos dizer até, que a legislação sobre o património cultural, em defesa de um bem maior, funciona como um catalisador para a liberdade de panorama em Portugal.

3.2.2.3. Conflitos e ponderação de interesses

Em razão das suas faculdades de natureza patrimonial, o direito de autor estabelece, na ordem jurídica portuguesa, um exclusivo de exploração económica de uma obra intelectual, designadamente através da sua reprodução, distribuição e comunicação ao público. O exercício desse direito por parte do autor ou titular, como sabemos, restringe, em certa medida, a liberdade de informação e o acesso ao conhecimento. A ponderação desses interesses, constitui o problema nuclear do direito de autor.⁸⁷

No campo dos direitos económicos, a doutrina aponta para a existência de dois tipos de interesses, *interesses individuais* e *interesses sociais*⁸⁸. Aos primeiros correspondem três figuras: os do autor, em dispor de modo exclusivo da sua obra, aproveitando dos benefícios matérias dessa exploração; os das empresas, como utilizador da obra exploram comercialmente as obras artísticas e literárias; e os consumidores, que desejam usar a obra para fins pessoais. Agora, quanto aos últimos, consistem na promoção da criatividade, a educação, a difusão da cultura, fomento da investigação científica e, por fim, porém não menos importante, a liberdade de informação.⁸⁹

Em se tratando da liberdade de panorama, graças às características específicas da arte pública, exibição pública permanente e obras de cópia única⁹⁰, encontramos uma área de colisão entre os interesses sociais e os interesses individuais, que produzem alguns conflitos. Em princípio, os conflitos podem ser entre os interesses individuais do autor da obra e os interesses sociais.

Olhando para o Artigo 75º do CDADC, encontramos diversas formas de livre utilização, que visam atender às finalidades de informação, pesquisa e ensino. Como sabemos, o CDADC acolheu praticamente a maioria dos limites aos direitos de reprodução e comunicação ao público admitidos pela Diretiva *InfoSoc*. Por isso, é possível extrair que essa

⁸⁷ Dário Moura VICENTE, O equilíbrio de interesses no direito de autor. *Associação Portuguesa de Direito Intelectual*, 2010, p. 250.

⁸⁸ *Idem*

⁸⁹ *Ibidem*, p. 259.

⁹⁰ Ver *A Liberdade de Panorama*, p. 13.

atuação traduz na supremacia dos interesses sociais mencionados acima sobre os interesses individuais dos titulares de direito.⁹¹

Não vale a pena esticar o assunto quando falamos da primazia do interesse público ou dos interesses sociais face aos interesses privados ou individuais. De maneira clara, a *função social*⁹² é satisfatoriamente atendida em sede de liberdade de panorama, a liberdade de informação e acesso ao conhecimento são alicerces últimos para a origem de tal figura. Temos que ter em conta os valores constitucionais na balança do direito de autor.⁹³

Quando falamos de tutela do exclusivo de exploração económica, devemos examinar também o *porque* se protege e não só *o que* se protege. Importa os motivos que se encontram no fundamento da atribuição do direito de autor. Tal ponderação de conflitos deve ser feita conforme uma relação triangular entre “o direito de autor, o impacto das inovações tecnológicas e as considerações que se prendem com os interesses que devem ser articulados na construção do direito e com as relações sociais que se estabelecem entre os sujeitos afetados por este sistema de normas”⁹⁴.

Infelizmente, a liberdade de panorama como está pensada no direito português, não pareceu perspicaz suficiente para superar uma análise superficial em matérias de conflitos. Nada encontramos sobre um conflito também substancial, entre os interesses individuais do autor da obra e os interesses individuais das empresas e exploradores comerciais. Neste caso, temos que lembrar o porque da proteção jusautorais, que também inclui um interesse social. Na colisão entre interesses privados, o direito de autor não pode sujeitar-se à exploração comercial sem qualquer tipo de compensação equitativa. Devemos lembrar que a promoção da criatividade é parte integrante dos interesses sociais, na proporção em que oferece ao seu titular uma remuneração do seu empenho, constituindo um estímulo à produção de obras artísticas. “O direito de autor é um monopólio de utilização de uma obra que visa incentivar a competição a um nível mais elevado: o da criação intelectual”⁹⁵.

O legislador, ou não vislumbrou um estudo mais profundo ou tomou a parte pelo todo e essencial, não identificou que na colisão de interesses privados. A liberdade de panorama ilimitada confere uma *vantagem patrimonial*⁹⁶ do explorador da obra com fins

⁹¹ Dário Moura VICENTE, ob. cit., 2010, p. 259.

⁹² Cláudia TRABUCO, ob. cit., 2006, p. 159.

⁹³ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 538.

⁹⁴ Alain STROWEL, 1993 *apud* Cláudia TRABUCO, ob. cit., 2006, p. 156.

⁹⁵ Dário Moura VICENTE, ob. cit., 2010, p. 251.

⁹⁶ Antunes VARELA, ob. cit., 2006, p. 493.

comerciais, obtida à custa do titular do respetivo direito de propriedade, o autor da obra ou o titular de direitos económicos.

3.2.2.4. O uso privado para a liberdade de panorama

Se a liberdade de panorama, como está pensada no direito português, ignora a finalidade comercial na exploração da obra por terceiro, o problema não passa pelo uso privado de todo. Não vislumbramos a possibilidade de conflito entre os interesses individuais do autor e os interesses individuais do consumidor que pretendem utilizar a obra para fins pessoais. “Na realidade, não há conflito que exija a intervenção do legislador”⁹⁷.

A previsão legal está no n.º 2 do Artigo 108.º do CDADC:

“Artigo 108.º

2 – Se a obra tiver sido divulgada por qualquer forma, e desde que se realize sem fins lucrativos e em privado, num meio familiar, a representação poderá fazer-se independentemente de autorização do autor, princípio que se aplica, aliás, a toda comunicação.” CDADC.

O uso privado tem que obedecer o critério do *intuitus personae*, i. e., o modo de utilização deve ser restringido a um ambiente privado, quando na formulação do legislador se refere a um meio familiar, e sem fins lucrativos. Mesmo assim, a ideia de restringir a um círculo apertado como a intimidade do lar aparenta ser demasiado restritivo⁹⁸. Com o impacto das inovações tecnológicas podemos adaptar a interpretação, contextualizando-a para um ambiente atual, de relações digitais, nem por isso, de comunicação ao público. Devemos compreender a evolução do tratamento do direito de autor, e reconhecer que cada vez mais se fortalece uma ideia de *direitos do utilizador*⁹⁹.

Em locais que a liberdade de panorama não limitava o direito de autor, não há conhecimento, segundo a *European Visual Artists*, de ações por parte dos titulares de direito em relação ao uso privado, na forma de reprodução de imagens de obras localizadas permanentemente em espaços públicos nas páginas pessoais dos usuários de redes sociais. Portanto, a liberdade de panorama, ao contrário do que foi advogado por toda Europa pela

⁹⁷ Tradução livre por Murillo SANCHES. “In reality there is no conflict which would require the legislator’s intervention”. (European Visual Artists, *Exceptions for Works Permanently Located in Public Places*. Obtido em Janeiro de 2017, de European Visual Artists: https://www.globalcube.net/clients/evartistsv2/content/medias/Ex_public_places.pdf).

⁹⁸ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 537.

⁹⁹ Thomas DREIER, *Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Property Rights?*, 2001, p. 314 *apud* Cláudia TRABUCO, ob. cit., 2006, p. 695.

*Wikimedia*¹⁰⁰, grupo explorador do *Wikipedia*, referente a revisão da harmonização do direito de autor na Diretiva *InfoSoc*, o consumidor da obra, i. e., o usuário, jamais teria a sua utilização limitada caso a liberdade de panorama fosse adotada, pois ele está protegido pelo uso privado, em ambiente privado e, o mais importante, sem fins lucrativos. Este último ponto é crucial para que possamos distinguir os consumidores que, mesmo não sendo empresas, tem aproveitamento financeiro, direto ou indireto, das redes sociais e, por isso, não estão cobertos pela manta do uso privado no ambiente digital.

3.2.2.5. Licidade de origem e Regra dos três passos

A licitude de origem foi, assim como a liberdade de panorama, também consequência da transposição da Diretiva 2001/29/CE para o ordenamento jurídico português. Ela consiste em autorizar a “distribuição de exemplares licitamente reproduzidos, na medida justificada pelo objetivo do ato de reprodução”¹⁰¹. Sob a luz da liberdade de panorama, não há que falar em licitude de origem, pois a reprodução de obras de arte pública fixadas, de modo permanente, em espaço público é lícita. No entanto, em um caso hipotético, se formos excluir a liberdade de panorama para os fins de utilização comerciais, a distribuição de exemplares, neste caso, configuraria uma ilicitude de origem na reprodução, o que, fatalmente, afetaria também a legalidade da distribuição do material. Devemos ter em conta que o Artigo 68º do CDADC delimita o direito de distribuição aos exemplares tangíveis, estando excluída a aplicação do conceito de licitude de origem ao ambiente digital.¹⁰²

Importante análise faremos agora sobre a regra dos três passos. A regra dos três passos tem origem na Convenção de Berna em 1967¹⁰³, tendo sido acolhida, posteriormente, pelo *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*¹⁰⁴, tratado internacional popularmente conhecido pelas siglas *TRIPS* (em inglês), e também pelo tratado

¹⁰⁰ Muito falou-se sobre o exemplo da *Torre Eiffel*, em que a proteção, não da estrutura metálica em si, pois esta já caiu em domínio público, mas da iluminação noturna, impediria as pessoas físicas, sem fins lucrativos, de reproduzir a obra via fotografia nas redes sociais. Este caso foi publicitado, não só pela *Wikimedia*, mas também pela *Creative Commons* e levou muita gente a assinar a petição em favor da adoção de uma liberdade de panorama obrigatória nos países da UE.

¹⁰¹ Artigo 75º (3) do CDADC.

¹⁰² Patrícia AKESTER, ob. cit., 2013, p. 121.

¹⁰³ Artigo 9º (2) da Convenção de Berna.

¹⁰⁴ Artigo 13º do TRIPS.

de Direito de Autor da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI)¹⁰⁵. A disposição está formulada da seguinte maneira:

“Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitirem 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.” Convenção de Berna.

Os três passos são exigências independentes e que devem ser cumpridos cumulativamente. O primeiro passo, *casos especiais*, exige que as exceções e limitações sejam claramente definidas e tenham um intuito e alcance restritos. O segundo passo, *não prejudicar a exploração normal da obra*, prevê que o limite ou exceção entre em conflito com a exploração normal da obra, tocando na exploração da obra pelo seu autor, privando o autor de proventos económicos significativos ou tangíveis. O terceiro passo, *não causar um prejuízo injustificável aos legítimos interesses do autor*, consiste no grau ou nível de prejuízo injustificável, quando a admissibilidade de um limite ou exceção cause, ou possa causar, uma perda indefensável de proventos para o autor.¹⁰⁶

Então vimos que a regra dos três passos, segundo a Convenção de Berna, é um critério a ser observado pelo legislador nacional, colocando está última em posição subordinada a um direito de autor supranacional¹⁰⁷. Porém, ao adotar a liberdade de panorama na ordem jurídica nacional da maneira vista por nós, levantamos sérias dúvidas quanto a compatibilidade do instituto da liberdade de panorama com a Convenção de Berna, ao incluir limitação ao direito de autor de utilização para fins comerciais¹⁰⁸, esvaziando, de modo injustificado e indefensável, os direitos patrimoniais do autor.

Tal desrespeito, poderia ser fundado em razão da Convenção ter aplicação direta e imediata, vigorando na ordem jurídica interna a partir da vinculação de Portugal, em conformidade com o n.º2 do Artigo 8.º da CRP e com o Artigo 1.º da própria Convenção. A fim de enobustecer o nosso entendimento, não podemos esquecer que a interpretação do direito de autor deve ser feita em conformidade com a Constituição e com os princípios do direito internacional, como estabelece o Artigo 204.º da CRP.¹⁰⁹ *“Toda e qualquer exceção/limitação aos direitos autorais para ser legal, no âmbito do sistema internacional de comércio, deverá*

¹⁰⁵ Artigo 10.º (2) do tratado da OMPI.

¹⁰⁶ Dário Moura VICENTE, ob. cit., 2010, p. 261.

¹⁰⁷ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 553.

¹⁰⁸ European Visual Artists, ob. cit..

¹⁰⁹ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 176.

*sempre passar pelo crivo do Teste dos Três Passos, incluindo-se mesmo aquelas exceções previstas textualmente na Convenção de Berna*¹¹⁰. A regra dos três passos é, com propriedade, o pano de fundo (mantra) do direito internacional do autor. Possibilitando, no caso da legislação portuguesa, a avaliação por uma entidade intergovernamental, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), representando, que as “exigências do comércio mundial, poderão sobrepor-se à liberdade dos Estados no que respeita à adequação da sua legislação sobre direitos de autor aos fins da política cultural, educativa, científica, instituindo exceções adequadas”¹¹¹.

Além do *compromisso diplomático*¹¹², a regra dos três passos passou a ser compreendida também como uma regra de interpretação e decisão dos casos concretos. Isso decorreu pela transposição da Diretiva 2001/29/CE, em semelhança do ocorrido no domínio da proteção jurídica dos programas de computador e das bases de dados, recebido pela lei portuguesa como uma cláusula geral de interpretação (*Auslegungsregel*) com “função judiciária”.¹¹³ Encontra-se prevista no nº4 do Artigo 75, mas sem a inclusão do primeiro passo, na justificativa de que o próprio catálogo de limitações e exceções constitui a formação de casos especiais.

A liberdade de panorama é um conceito comum nas leis de direitos autorais de várias jurisdições. Para que compreendamos a utilização do controle *a posteriori* dos tribunais da regra dos três passos, nos serviremos de um caso que ocorreu na Suécia¹¹⁴. De acordo com a lei sueca de direitos autorais¹¹⁵, é autorizada a representação de obras de arte, que estão permanentemente situadas ao ar livre ou em um local público. Este limite aplica-se mesmo quando as obras são usadas comercialmente, como por exemplo, em cartões postais. Configurando, desse modo, uma exceção à tutela, de que o titular do direito de autor tem o

¹¹⁰ Jo OLIVER, *Copyright in the WTO: the panel decision on the three-step test*. Nova York: Columbia Journal of Law & the Arts, 2002 *apud* Maristela BASSO, As Exceções e Limitações aos Direitos do Autor e a Observância da Regra do Teste dos Três Passos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 102, 493-503, 2007, p. 501.

¹¹¹ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 294.

¹¹² *Ibidem*, p. 292.

¹¹³ GUIBAULT, 2003, p. 571. DUSOLLIER, 2005, p. 510. KOELMAN, 2006, p. 408 *apud* Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 552.

¹¹⁴ (BUS vs. Wikimedia)

¹¹⁵ Artigo 24º sobre o uso de obras artísticas e estruturas, da Lei sobre direito de autor nas obras literárias e artísticas (*Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk*). World Intellectual Property Organization, WIPO Lex.

poder exclusivo de autorizar a reprodução e distribuição de obras derivadas. Porém o entendimento da Suprema Corte Sueca foi outro.

No caso, a representante legal dos autores na Suécia, *BUS*¹¹⁶, associação responsável também pela gestão técnica do direito de autor no país, ingressou uma ação contra a empresa *Wikimedia*, alegando que esta estaria a infringir o direito de autor, ao disponibilizar de modo gratuito, imagens de obras localizadas em espaços públicos no banco de dados. A *Wikimedia* contestou ao dizer que o objetivo foi providenciar uma base de dados pública de obras públicas de belas-artes, endereçada ao público em geral, à indústria do turismo e ao sistema de educação. A *BUS*, então, rebateu afirmando que a liberdade de panorama se aplicava apenas a impressos e não a reproduções *online*. O Supremo Tribunal sueco, fez uma interpretação conforme a Diretiva 2001/29/CE, afirmando que deveria se aplicar a regra dos três passos. Primeiramente, constatou que se tratava de um caso especial em razão da localização em espaço público das esculturas, e afirmou que, por isso, a interpretação do caso deveria ser restritiva, pois se trata de uma exceção ao direito de autor. Em segundo lugar, os julgadores entenderam que a atuação da operadora *Wikimedia* prejudicava a exploração normal da obra por parte do autor, explicando que a disponibilização online, por mais que fosse gratuita, subsistia um valor económico, e este não era insignificante, tanto para o sítio quanto para os usuários, que entravam na plataforma. E em relação ao último critério, a Suprema Corte Sueca entendeu que, por mais que se justificasse um interesse público na disponibilização *online* e gratuita, o caso deveria ser interpretado de modo restritivo, sendo que não havia nenhuma compensação ao autor, gerando um desequilíbrio desproporcional entre os interesses individuais dos autores e os interesses sociais.¹¹⁷

Tendo tudo isto em conta, não vislumbramos abertura para que o entendimento do tribunal, no exercício da sua função judiciária a aplicar a regra dos três passos, seja em algum modo a favor de qualquer tipo de uso comercial por parte de terceiros, não titulares de direito exclusivo de exploração económica. Mesmo assim, importa dizer que a formulação legal, adotando a liberdade de panorama ilimitada, não preenche a utilidade legislativa no que toca a segurança jurídica dos utilizadores ao relegar, os casos concretos, ao controle judicial e à regra dos três passos. No mais, como já foi dito, alertamos para o potencial incumprimento

¹¹⁶ Desde de julho de 2015, a *BUS* fundiu-se à *Bildupphovsrätt i Sverige*.

¹¹⁷ Johan NORDERYD & Elna JÖNSSON, *Swedish Supreme Court issues decision regarding the freedom of panorama*. Obtido em Janeiro de 2017, de Kluwer Copyright Blog: <http://kluwercopyrightblog.com/2016/05/09/swedish-supreme-court-issues-decision-regarding-freedom-panorama/>, 2016.

de tratado internacional por parte do legislador português. A não observância da regra dos três passos constitui um autêntico atentado ao direito de autor em Portugal.

3.2.2.6. A utilização não autorizada de obra intelectual

Exatamente como a figura da ilicitude origem, não nos parece haver, com a liberdade panorama em vigor em Portugal, possibilidade de uma utilização não autorizada de obra intelectual localizada permanentemente em lugares públicos. Apenas aqui será mencionada em razão do entendimento hipotético e como previsão de um sistema de direito de autor nacional mais justo em conformidade com o direito internacional.

Em nossa opinião, caso as utilizações de reprodução e comunicação ao público para finalidades comerciais não fossem abarcadas pela liberdade de panorama em Portugal, elas constituiriam um crime de usurpação de obra alheia, conforme dispõe o nº1 do Artigo 195º do CDADC, tendo em vista a penalização pela violação do exclusivo patrimonial de autor¹¹⁸. Devemos aqui reforçar a ideia de que a quebra do direito exclusivo só se deve fazer para interesses sociais como a educação, a difusão da cultura, fomento da investigação científica e a liberdade de informação, caso contrário a utilização empresarial irá derrogar outro interesse social que é a promoção da criatividade e da cultura.

3.2.2.7. A harmonização do direito de autor

A harmonização do direito de autor já parece ser algo que surge muito antes da Diretiva 2001/29/CE. Desde a Convenção de Berna, o Acordo TRIPS, a OMC e, por último da OMPI, vimos a proliferação de instrumentos internacionais e comunitários como uma constatação do século XXI. Como consequência desse movimento, a ordem jurídica portuguesa tornou-se uma ordem altamente protecionista, não por uma necessidade própria do ordenamento nacional, mas em razão da indução das normas internacionais.¹¹⁹

A justificação reside no *elevado nível de proteção*, na ideia de que a “cultura tem um valor económico que a insere em certa medida numa lógica de mercado”¹²⁰. Nada mais acertado para harmonizar e coordenar o direito interno dos Estados-Membros como um diretiva, já que é concedida uma razoável discricionariedade, para proteger a identidade e

¹¹⁸ Alberto de SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 247.

¹¹⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, A Transposição da Directriz nº 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação. *Encuentro sobre Propriedad Intelectual - UIMP*. Sevilha, 2002, p. 916.

¹²⁰ Livro Verde COM (95) 382 final *apud* Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 294.

especificidade¹²¹. Já na altura da transposição da Diretiva *InfoSoc*, José de OLIVEIRA ASCENSÃO (A Transposição da Directriz nº 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação, 2002) alertava que o ato pressupunha questões fundamentais no domínio do Direito Intelectual, e que, em matéria de exceções e limites, apenas aqueles que continham uma justificação muito forte, estavam aptos para ultrapassar a barreira da tutela.

Assim nasceu a liberdade panorama em Portugal, da mesma génese europeia que as figuras nos outros Estados-Membros, mas esta com algumas deformações insuperáveis ao direito de autor português. Como vimos, a diretiva uniformiza os limites e exceções aos direitos exclusivos, afastando dos Estados-Membros a capacidade de ajustarem livremente o direito de autor às suas políticas nacionais de educação, cultura e informação e outros fins sociais. Questionou-se o efeito útil da diretiva em termos de harmonização, e no que toca especialmente aos limites, a doutrina sustenta a falha completa desse objetivo.¹²²

Nos últimos tempos, a liberdade de panorama esteve no centro das atenções como parte do processo de reforma da Diretiva *InfoSoc* da EU. O Comité Jurídico do Parlamento Europeu votou, recentemente, uma versão alterada do projeto de relatório inicialmente preparado pela eurodeputada e membro do Partido Pirata, Julia Reda, sobre a implementação da Diretiva 2001/29/CE. Ao invés de recomendar que a liberdade de panorama prevista na alínea *b* do nº3 do Artigo 5º se tornasse obrigatória, tal como constava da versão original do relatório Reda, a versão alterada, aprovada pelo Comité de Assuntos Jurídico, recomendou que "o uso comercial de fotografias, imagens de vídeo ou outras imagens de obras que estejam permanentemente localizadas em locais públicos físicos, deve sempre estar sujeito à autorização prévia dos autores ou de qualquer representante que atue por eles"¹²³. No entanto, em 9 de Julho, o Parlamento aprovou uma resolução não vinculativa que, entre outras coisas, rejeitou a sugestão de limitar a liberdade de panorama, deixando o atual cenário europeu exatamente como estava antes.¹²⁴

¹²¹ Jónatas MACHADO, *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 201.

¹²² HUGENHOLTZ, 2001, p. 501 e GUIBAULT, 2003, p. 563 *apud* Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2008, p. 547.

¹²³ Tradução livre por Murillo SANCHES "the commercial use of photographs, video footage or other images of works which are permanently located in physical public places should always be subject to prior authorisation from the authors or any proxy acting for them". Comité de Assuntos Jurídicos, *Parlamento Europeu - Observatório Legislativo*. Obtido de Parlamento Europeu: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1394338&l=en&t=D>, 2015.

¹²⁴ Parlamento Europeu, *Parlamento Europeu - Observatório Legislativo*. Obtido de Parlamento Europeu: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1396727&t=d&l=en>, 2015.

Embora reconheçamos que a intenção de ter uma liberdade de panorama obrigatória tenha um lado positivo, uma vez que eliminaria as diferenças nacionais pelo caráter não facultativo, facilitaria o tráfego jurídico e económico, tendo em vista o mercado comum, adotá-la da forma atual, como fez Portugal de maneira ilimitada, seria renegar os direitos exclusivos de autor, atentando contra a Convenção de Berna e os tratados internacionais. Agora, se tivessem de adotá-la na sua forma alterada, aprovada pelo Comité de Assuntos Jurídicos, teria também um efeito negativo, uma vez que não leva em consideração a forma e a natureza pública dessas obras, e como deve ser moldada a proteção de direitos autorais. O que está em causa é a incompatibilidade do modelo tradicional de direitos autorais com uma visão mais *up-to-date*, de uma proteção jusautorais que considera as características específicas da arte pública e obras arquitetónicas. Apesar de o legislador comunitário defender um elevado nível de proteção, em função do caráter economicamente relevante do direito de autor e a respetiva compreensão como um direito de propriedade, conforme analisamos inicialmente, importa dizer que “as medidas de harmonização adotadas neste domínio são comentadas no sentido de gerarem o ‘enfraquecimento tendencial do estatuto do autor no decurso da harmonização do direito de autor’ (DIETZ), aproximando perversamente a conceção de *droit d’auteur* ao modelo de *copyright*”¹²⁵.

4. Conclusão

Na sequência do entendimento que construímos ao longo desse estudo, não podemos deixar de exaltar a figura da liberdade de panorama para o direito de autor. O instituto está intimamente conectado com a defesa dos interesses sociais, pedra angular na promoção da criatividade, da educação, da difusão da cultura, do fomento da investigação científica e, principalmente, a liberdade de informação.

Um conceito atual de obra incluída na exceção da liberdade de panorama se faz mais do que necessário. Não podemos pensar que toda obra que se encontre permanentemente localizada, durante a respetiva vida útil, em espaço público está resumida a obras de arquitetura e escultura. Os estudiosos da arte, já ultrapassaram essa barreira, e os pensadores do direito, com exceção do Reino Unido, ainda não foram capazes de alcançar a arte pública, com sua arquitetura e escultura, mas também com seus murais e *graffitis*, bem como os portões forjados a ferro, os azulejos pintados à mão e os vitrais, obras essas de extremo valor cultural, sobretudo, para Portugal. Quanto ao espaço público, percebemos que as ruas, avenidas, praças, rotundas, parques e jardins públicos de uma cidade, o integram. Porém, nos

¹²⁵ Alexandre Libório DIAS PEREIRA, ob. cit., 2002, p. 467-485.

parece perigoso abrir a premissa para locais abertos ao público, principalmente, em tratando de locais privados abertos ao público.

Da mesma forma que exaltamos uma figura capaz de apreender a importância da liberdade de informação, notamos que, na conceção portuguesa formulada no CDADC, em atenção à Diretiva *InfoSoc*, ela extrapolou o carácter excecional para ganhar contornos de princípio. Sabemos da força que a palavra liberdade tem, inclusive na visão do direito de autor como um princípio geral de liberdade de informação. Por outro lado, não podemos reduzir a natureza do direito de autor a um simples desígnio informacional. Então, apesar da proximidade dessa figura com a liberdade panorama, esta última jamais pode ser entendida como um direito subjetivo, e sim, como um recorte negativo aos direitos exclusivos de exploração económica.

Não podemos deixar de mencionar a falta de tato, vamos assim dizer, por parte do legislador. Não anteviu uma solução adequada, ajustada ao direito de autor e a categoria de obra em causa na liberdade de panorama. Não solucionou porque não enxergou a pluralidade de conflitos e interesses presentes, individuais e sociais. Somente reconhecendo as evidências pluralistas reais, que edificam o interesse público concernente à arte pública, que podemos delimitar a amplitude dos direitos exclusivos outorgados pela lei de direitos autorais aos respetivos autores.

Nesta falha, no nosso entendimento, o legislador português, ao contemplar de modo universal a liberdade de panorama para obras de arquitetura e escultura situadas permanentemente em espaços públicos, *i. e.*, ao estende-la, por falta de preenchimento legal, a exploradores de obra com finalidades comerciais, incluindo no mesmo saco, tanto um consumidor comum, quanto uma grande empresa, comprometeu a regra dos três passos, e sujeitou-se a um potencial incumprimento da Convenção de Berna e dos tratados internacionais. Além disso, delegou, *a posteriori*, aos tribunais a função de controle dessas limitações, que acabam por depender, em sua maioria, da caça de potenciais infrações por parte dos autores ou titulares do direito patrimonial. Deste modo, testemunhamos um atentado, sem limites, aos direitos de autor em Portugal.

Vemos, nessa nova tentativa de harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, que tencionava alterar o carácter facultativo da liberdade de panorama e, ainda, incluir os usos comerciais, o fracasso das grandes empresas exploradoras das criações artísticas, literárias e científicas. A veiculação de propaganda enganosa, indiretamente ameaçando o fim de direitos dos consumidores, tais como o uso privado e a liberdade de informação e acesso ao conhecimento, não funcionou,

e o que era para ser ilimitado e obrigatório, passou para a possibilidade de ser autorizado e facultativo, para no final ficar como estava.

Com a manutenção da previsão da liberdade de panorama tal como ela é na Diretiva 2001/29/CE, vemos uma nova oportunidade para Portugal recuperar-se, reformular o ordenamento jurídico nacional, alargando o debate para toda sociedade, acompanhando outros países europeus como a França, Espanha, Dinamarca, limitando a liberdade de panorama apenas para pessoas físicas e que a utilização não consista, de nenhuma forma, em finalidades comerciais. Deste modo, procuramos atingir um equilíbrio entres os interesses sociais e individuais, a promoção da cultura através da proteção dos direitos exclusivos de exploração económica, sem comprometer a liberdade de informação, para que assim, possamos, inspirados na célebre ideia de FRIEDRICH NIETZSCHE, perceber que “a arte existe para que a verdade não nos destrua”.