

**NEM TANTO AO MAR NEM TANTO À TERRA:
“REGRA DOS TRÊS PASSOS” E AS LIMITAÇÕES
AOS DIREITOS AUTORAIS**

STRIKE A HAPPY MEDIUM: THREE-STEP TEST
AND THE COPYRIGHT LIMITATION

Marcos Rogério de Sousa

mrsousa@adv.oabsp.org.br

Mestrando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP)

Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura

Aluno especial do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de Campinas (Unicamp)

Advogado

RESUMO

Este trabalho apresenta um estudo sobre as limitações aos direitos autorais, especificamente sobre a “Regra dos três passos”, nome dado à regra que estabelece as exceções e limites de aplicação dos direitos de propriedade intelectual, teve sua origem na Conferência de Estocolmo de 1967; em 1971 na Conferência de Paris ela passou a fazer parte do texto da Convenção de Berna.

PALAVRAS-CHAVE

Direito de Autor. Limitações aos Direitos Autorais. Regra dos três passos.

ABSTRACT

This paper presents a study on Copyright Limitations, and thereby focus attention on Three-Step Test. This is the rule of the Copyright that establish limitations and exceptions to the intellectual property rights. It was created in 1967 during the Stockholm Conference and became part of the Berne Convention in the revision done at Paris in 1971.

KEYWORDS

Copyright. Limitations. The Three-Step Test

SUMÁRIO

Introdução. 1. Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas e o Brasil. 2. Nem tanto ao mar nem tanto à terra. 3. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento interno. 4. A “Regra dos Três Passos” na Legislação Nacional. O Duelo de Titan ou Davi *versus* Golias? 4.1. As Limitações aos Direitos Autorais na Lei 9.610/98 e a “Regra dos Três Passos”. 4.2. Análise dos requisitos da “Regra dos Três Passos. 4.2.1. Certos casos especiais. 4.2.2. Não afete a exploração normal da obra. 4.2.3. Não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. 4.3. Jurisprudência Nacional. 5. Um Problema Antigo!. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

Os Direitos Autorais¹ sempre representaram um constante desafio na busca do necessário equilíbrio entre a proteção dos direitos² de propriedade intelectual³ confe-

1. Na lição de Newton Silveira. “Os direitos de autor compreendem duas vertentes (por isso vêm no plural): os direitos patrimoniais de autor e os chamados direitos morais (que, no fundo, são direitos de personalidade)” (Cf. Newton Silveira. “Os direitos autorais e as novas tecnologias da informação conforme a Lei 9.610/98.” In: Eduardo Salles Pimenta. (Org.). Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 262.

2. É a proteção jurídica que concede aos criadores e produtores do conteúdo os direitos exclusivos de controle destes.

3. Silmara Juny de Abreu Chinellato sustenta que “o reconhecimento do direito do autor ao produto de seu

ridos aos criadores; os direitos de acesso à cultura e ao conhecimento, bem como o direito daqueles que investem na cultura (fomentadores e investidores culturais).

O crescente desenvolvimento tecnológico⁴, imperativo do mundo contemporâneo, tornou este tema mais complexo diante da queda de obstáculos físicos e da inesgotável quantidade de informações disponíveis para consulta e manipulação.

As Limitações aos Direitos Autorais recebem críticas de todos os segmentos existentes. A proposta feita pelo Ministério da Cultura de alteração da Lei 9.610/98 – que versa sobre direitos autorais – busca “flexibilizar a Lei de Direitos Autorais, por meio de um rol maior de limitações”. Em traços gerais, pretendem que o conhecimento alcancem cada vez um número maior de indivíduos, tarefa árdua, haja vista tais concessões não sejam feitas em detrimento dos direitos de autor.

Ensina Silmara Juny de Abreu Chinellato:

a época do mecenato (período em que ricos e poderosos patrocinavam a produção de artistas) acabou há séculos. Assim, se não houver pagamento para o trabalho do autor, a criação tende a acabar, pois não haveria incentivo à produção intelectual. Seria um grande retrocesso considerar que essa criação deveria ser mero diletantismo, um ‘hobby’, obrigando o criador a ter outra profissão remunerada.⁵

A suposta coalizão de interesses entre segmentos antagônicos: direitos do autor, o direito ao conhecimento e o direito conferido aos investidores culturais; fez surgir, no plano internacional, uma fórmula que conjugasse o sistema de *common law* com o sistema romanístico e, também, alcançasse o equilíbrio dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos autorais⁶. A norma geral da Regra dos Três Passos (three-step test) foi introduzida na Convenção de Berna, em 1967, durante a revisão de Estocolmo, decorrente de uma proposta sugerida pelo Reino Unido.

Para se aprofundar ao estudo do Regra dos Três Passos (three-step test), se faz necessária uma análise de institutos consagradores de direitos internacionais, assim como um exame dos marcos históricos das exceções e limitações aos direitos de autor, no âmbito doméstico e internacional.

trabalho, a obra – em suas diferentes manifestações, seja literária, artística ou científica – é uma conquista feita ao longo de muitos séculos”. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos Intelectuais. Direito de Autor no Terceiro Milênio: Do Mecenato às Novas Tecnologias, na Sociedade da Informação*. São Paulo : Faculdade de Direito - USP, 2010.

4. Neste sentido Manuel A. Carneiro da Frada defende que “os modernos meios informáticos conquistaram já de tal modo o nosso espaço de vida e moldam hoje por forma tão intensa a experiência humana nos mais diversos sectores que a reflexão jurídica não podia deixar de estar atenta a esta formidável força de tracção do nosso desenvolvimento”. (Cf Manuel A. Carneiro da Frada, *Vinho novo em odres velhos? A responsabilidade decivil das “operadoras de Internet” e a doutrina comum da imputação de danos*, in “Direito da Sociedade da Informação”, Volume II, APDI, Coimbra Editora, 1999 p. 8
5. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos Intelectuais. Direito de Autor no Terceiro Milênio: Do Mecenato às Novas Tecnologias, na Sociedade da Informação*. São Paulo : Faculdade de Direito - USP, 2010.
6. Cf.: ASCENSÃO . José Oliveira. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. Revista da ESMAP E, Recife, v. 13, n. 28, p. 324, jul./dez. 2008.

1. CONVENÇÃO DE BERNA PARA A PROTEÇÃO DAS OBRAS LITERÁRIAS E ARTÍSTICAS E O BRASIL

A concepção moderna de direitos de autor origina-se nas práticas de regulação das corporações de ofício da baixa idade média. O Estatuto da Rainha Ana⁷ de 1710 foi a primeira legislação de direitos autorais que instituiu duas regras que ecoam até hoje nas legislações autorais de todo o mundo: passou o direito de “propriedade” dos livreiros para o autor da obra; e modificou a duração dessa licença, da perpetuidade para um período limitado⁸.

Na sequência dessa lei, outros países começaram a legislar sobre o tema, no Brasil, a primeira manifestação sobre a proteção aos direitos de autor foi em 11 de agosto de 1827⁹, quando foram criados os cursos jurídicos¹⁰.

A primeira, por isto a mais importante, convenção de direito autoral foi assinada em Berna, Suíça, em 9 de setembro de 1886. Impulsionada pela Associação Literária e Artística Internacional – Alai (Association Littéraire et Artistique Internationale) e da Sociedade dos Homens de Letras – SGDL (*Société des Gens de Lettres*), tendo grande destaque o escritor, poeta, novelista e dramaturgo francês Victor Hugo que presidiu a primeira minuta do que seria a Convenção da União de Berna (CUB) em um congresso realizado em Roma, em 1882. Com a CUB, autores oriundos de outros países signatários passaram a ser tratados da mesma forma que os autores locais¹¹.

7. O Estatuto da Rainha Ana de 1710, tomou como base os princípios de ordenamento da indústria do livro estabelecidos pela Companhia dos Livreiros de Londres no século XVI. Como as outras corporações, a companhia controlava minuciosamente quem poderia exercer as diferentes partes do ofício, que se dividia fundamentalmente em três: o editor, o impressor e o livreiro. Havia licenças específicas dadas a cada uma das partes pela corporação para que pudessem editar, imprimir ou vender com exclusividade determinado livro de maneira que os membros não concorressem entre si. Além disso, extraordinariamente, o próprio rei poderia conceder uma licença exclusiva que se sobrepunha às autorizações da companhia. Essa prática corporativa começou a ser combatida no século XVII pelos seus efeitos práticos (o alto preço dos livros) e cada vez mais também por princípio: por impedir a livre concorrência. Ortellado, Pablo, e Jorge Alberto Machado (2006), “Direitos autorais e o acesso às publicações científicas”, Revista da Associação dos Docentes da Universidade de S. Paulo, 37, pp. 6-15, disponível em: <http://www.adusp.org.br/revista/37/r37a01.pdf>.

8. Cf. L. Ray Patterson & Stanley F. Birch, Jr., A Unified Theory of Copyright, 46 HOUS. L. REV. 215 (2009).

9. O direito autoral no Brasil teve suas primeiras manifestações ainda nas facultades de direito de Olinda e São Paulo, onde os mestres nomeados deveriam encaminhar as assembleias gerais os seus compêndios referentes às matérias que iriam lecionar, que, após aprovação, adquiriam o privilégio de sua publicação por até dez anos. Porém, tratava-se de um direito intramuros, portanto, não alcançando os demais autores brasileiros da época. REVISTA ABRAMUS - Número 07 - Publicação da Associação Brasileira de Músicas de Artes - ano III - Jan/Fev/Mar 2008

10. Crea dous Cursos de ciencias Jurídicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda.

* Art. 7.º - Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de approvedos pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém á aprovação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez annos.

11. A proteção dos direitos autorais é territorial, independentemente da nacionalidade original dos titulares, estendendo-se através de tratados e convenções de reciprocidade internacional. Um trabalho publicado por um nacional estaria protegido pelas leis do direito de autor do nacional, mas poderia ser reproduzido livremente em outro país

A convenção foi aditada em Paris (4 de Maio de 1896), revisada em Berlim (13 de novembro de 1908), aditada em Berna (20 de março de 1914), revisada em Roma (2 de junho de 1928), Bruxelas (26 de junho de 1948), Estocolmo (14 de julho de 1967) e Paris (24 de julho de 1971)¹², e emendada em 28 de setembro de 1979. Desde 1967 que a Convenção é administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)¹³, incorporada nas Nações Unidas em 1974.

Bem observado por Costa Neto (2008, p. 59), de forma precursora, o Brasil aderiu à Convenção de Berna em 9/2/1922, anteriormente a vários outros países do continente americano, tais como Canadá, Argentina, Uruguai, México, Chile e Estados Unidos da América.

2. NEM TANTO AO MAR NEM TANTO À TERRA

O tema que trata das limitações aos direitos autorais é o mais polêmico, as novas tecnologias digitais trouxeram possibilidades, antes impossíveis às outras gerações, elas ampliaram a divulgação das obras artísticas e literárias. Em contrapartida, criaram dificuldades para controlar os seus usos, muitos deles ocorrem em prejuízo dos interesses dos criadores. Os autores e artistas têm que ser recompensados pela utilização de suas criações, produtores devem ter seus investimentos resguardados em termos razoáveis, mas a sociedade deve ter acesso aos bens culturais de uma forma justa. Como alcançar esse equilíbrio?

Há exceções em que a sociedade pode fazer uso das obras intelectuais protegidas sem necessidade de solicitar autorização ou de pagar uma retribuição. Ela condiciona o direito de autor a alguns limites de forma a atender plenamente a sua função social.

A possibilidade de estabelecer esses limites, conhecidos internacionalmente como a “Regra dos Três Passos”¹⁴ (*three-step test*), foi introduzida na Convenção de Berna, em 1967, durante a revisão de Estocolmo e devem atender a alguns requisitos: 1) que sejam casos especiais; 2) que não afete a exploração normal da obra; 3) nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor, estando atualmente prevista no art. 9.2 da Convenção de Berna (revisão de Paris), no art. 13 do Acordo TRIPS¹⁵, no art. 10º, da TODA (WCT)¹⁶, no art. 16º do TOEIF (WPPT) em seu

12. O Brasil está na condição de subscritores da Convenção de Berna pelo Decreto n. 75.699, de 06.05.1975

13. Em inglês: *World Intellectual Property Organization* (WIPO)

14. A Regra dos Três Passos se tornou tema “inultrapassável” quando se trata de matéria atinente às limitações e exceções. (Cf. Pedro Cordeiro. Limitações e exceções sob a “Regra dos Três Passos” e nas legislações nacionais: diferenças entre o meio analógico e o digital. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2002, v. III, p. 212).

15. ADPIC - Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, em inglês: TRIPS - *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

16. TODA - Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, em inglês: WCT ou WIPO Copyright Treaty - *World Intellectual Property Organization Copyright Treaty*

nº 2¹⁷ e, por último, Artigo 5º 5 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu de 22 de Maio de 2001 conforme se lê:

Art. 9.2 da Convenção de Berna

2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Art. 13 do Acordo TRIPS

Os membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

Art. 10º, da TODA

As partes contratantes poderão prever, em suas leis nacionais, as limitações ou exceções aos direitos concedidos aos autores de obras literárias e artísticas no âmbito do presente tratado, em certos casos especiais que não entrem em conflito com a exploração normal da obra ou causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

Art. 16º, n.º 2 do TOEIF

Partes contratantes restringirão qualquer limitações ou exceções imposta aos direitos prevista no presente tratado a determinados casos especiais que não atentem com a exploração normal da interpretação ou execução do fonograma e não causar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do artista intérprete ou executante ou do produtor de fonogramas.

“Art. 5º, n.º5 da 5 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu

As exceções e limitações contempladas nos nos 1¹⁸, 2¹⁹, 3²⁰ e 4²¹ só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.

O Brasil não é signatário de todos os tratados acima enumerados é partícipe da Convenção de Berna e do acordo TRIPS.

Antes da adoção da Regra Três Passos, os estados-partes da Convenção de Berna adotavam várias limitações aos direitos autorais que, não raramente, esvaziavam os direitos patrimoniais dos titulares de direitos autorais.

Segundo Basso (2007) após um minucioso estudo sobre os anais das negociações de Estocolmo determinou o fundamento da Regra dos Três Passos é proibir

17. TOEIF - Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução de Fonogramas ou Tratado sobre Artistas-Intérpretes e Produtores de Fonogramas, em inglês: WPPT - WIPO Performances and Phonograms Treaty

18. Trata-se das exceções obrigatórias.

19. Trata-se das exceções facultativa os direito de reprodução.

20. Trata-se das exceções facultativa os direito de reprodução e comunicação ao público.

21. Trata-se das exceções facultativa os direito de distribuição.

que as obras reproduzidas sob o manto das limitações aos direitos autorais entrem em disputa, direta ou indireta, com a obra introduzida no mercado diretamente ou com o consentimento do titular de direitos autorais.

A Regra dos Três Passos é o que há de mais moderno em limitações aos direitos de autor, por este motivo ele se propaga nos acordos, convenções e tratados internacionais.

É através de um olhar sutil e atento que Maristela Basso, aborda a questão de qual seria a razão da reprodução do “Teste dos Três Passos” da Convenção de Berna para o Acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio?²² E, responde, desenvolvendo uma tese sólida que merece a atenção de todo e qualquer todos os intérpretes do direito, a qual, digno-se, escrevê-la, *ipsis literis*:

No âmbito de Berna, o “Teste dos Três Passos” era aplicável apenas às limitações ao direito de reprodução. O Acordo TRIPS, por sua vez, expande o escopo de aplicação do “Teste dos Três Passos” para todas as limitações aos direitos exclusivos dos titulares de direitos autorais, ou seja, mesmo as limitações explicitamente arroladas na Convenção de Berna – as chamadas exceções *jure conventionium* – deverão ser avaliadas pelo “Teste dos Três Passos” antes de serem observadas no caso concreto²³.

Em Munique, no dia 20 de julho de 2008, foi publicada uma Declaração sobre uma interpretação equilibrada da Regra dos Três Passos ao Direito Autoral. A Declaração é fruto de uma pesquisa de dois anos coordenado pelos professores *Jonathan Griffiths* e Dr. *Uma Suthersanen* da Faculdade de Direito *Queen Mary* da Universidade de e pelo Instituto Max Planck de Propriedade Intelectual em Munique. Ela foi assinado pela maioria dos melhores autoralistas europeus, como *Christophe Geiger*, *Reto Hilty* e *Jonathan Griffiths*.

A Declaração diferencia as função da Regra dos Três Passos no âmbito internacional e doméstico, sendo que no primeiro controla a autonomia estatal, quando da redação das exceções e limitações aos direitos de autor e quanto ao último, auxilia a interpretação das normas nacionais e propõe uma interpretação equilibrada da Regra dos Três Passos, de modo as legislações internas não sejam indevidamente restringidas, nem que a introdução de exceções e limitações adequadamente equilibradas seja obstada.

3. HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM FACE DO ORDENAMENTO INTERNO

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República.

22. Atos Multilaterais WIPO Copyright Treat e WIPO Performances and Phonograms Treaty sobre Direito Autoral não serão analisados pois o Brasil não os aderiu

23. BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos (Three Step Test). Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 102, p. 499, 2007

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno²⁴, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias^{25 26}, assim, este artigo filia-se ao entendimento que a “Regra dos Três Passos” foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975 (Convenção de Berna), e pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994 (Acordo TRIPs).

4. A “REGRA DOS TRÊS PASSOS” NA LEGISLAÇÃO NACIONAL. O DUELO DE TITÁS OU DAVI *VERSUS* GOLIAS?

Aos direitos de autor são impostos limites pois, ele afronta prerrogativas transindividuais, entre eles o acesso ao ensino, à cultura e informação. Com o objetivo de dirimir os conflitos oriundos da complexidade de situações fáticas surge a “Regra dos Três Passos”. Uma análise mais detalhada, sob um prisma pouco explorado na doutrina se faz necessário.

A Constituição Brasileira de 1988 será o paradigma, por dois motivos: primeiro, retrata em detalhes meticulosos a colisão, *prima facie*, de duas teses antagônicas, direitos de autor e o direito de acesso a informação. E, segundo, porque os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da Constituição da República²⁷.

A Constituição²⁸ coloca em lugar de relevo a liberdade de acesso à informação (art. 5º, XIV), como desdobramentos decorrem os artigos do Título VIII (Capítulos III, IV e V), dentre destacamos:

Art. 206: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: Inciso II. Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”.

Art. 215: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Art. 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

De modo igual, o direito de autor encontra-se seu suporte constitucional no art. 5º (incisos XXVII e XXVIII).

24. CR 8.279-AgR, Rel. Min. Presidente Celso de Mello, julgamento em 17-6-1998, Plenário, DJ de 10-8-2000.

25. ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-1997, Plenário, DJ de 18-5-2001.

26. HC 72.131, voto do Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, Plenário, julgamento em 23-11-95, Plenário, DJ de 1º-8-03

27. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. Precedentes.” (MI 772-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 24-10-07, Plenário, DJE de 20-3-09)

28. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto promulgado em 5/10/1988

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

A maneira em que eles estão justapostos extrai-se uma pseudointerpretação de equilíbrio, que existe uma paridade em armas entre autor e o acesso a informação, sendo, a “Regra dos Três Passos” é a melhor solução para o imbróglio.

Muito pouco questionado pelos doutrinadores, talvez por causa da aridez do tema, e se realmente o equilíbrio formal, proveniente do texto constitucional²⁹ faz justiça a solução do conflito.

4.1. AS Limitações aos Direitos Autorais na Lei 9.610/98 e a “Regra dos Três Passos”

Ensina a prof^a Maristela Basso³⁰ que todas as limitações aos direitos autorais deverão passar pelo crivo do Teste dos Três Passos antes de sua aplicação.

A Limitações aos Direitos Autorais no Brasil estão descritos nos artigos 46 a 48 da lei 9.610/98. É possível identificar o conteúdo da Regra dos Três Passos no art. 46, VIII. da LDA que dispõe:

a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova³¹ e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.³²

Doutrinadores de renome defendem que a Regra dos Três Passos aplica-se somente para obras de artes plásticas.³³

29. Por limitação será analisado somente o texto constitucional, porém a mesma comparação se faz presente nos tratados e convenções internacionais.

30. BASSO, Maristela. O equilíbrio sistêmico dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos autorais: os direitos exclusivos dos autores e a regra do teste dos três passos (three-step test). In: Elizabeth Accioly. (Org.). Direito no Século XXI. Em homenagem ao Professor Werter Faria. 01 ed. Curitiba: Juruá, 2008, v. 01, p. 438

31. A referência “casos especiais” foi omitida na lei brasileira porém “a reprodução de pequenos trechos de obras preexistentes, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova” há um destaque restritivo, enquadrando-se de forma interpretativa a tal conceito.

32. Neste sentido: Dentro outros: José de Oliveira Ascensão, José Carlos Costa Neto e Maristela Basso.

33. Acolhe este entendimento: Antônio Carlos Morato e Silmara Juny de Abreu Chinellato e Almeida

O anteprojeto de alteração da Lei de Proteção aos direitos autorais, do Ministério da Cultura, prevê uma alteração no artigo 46, inciso VII e parágrafo único, II, passará a ter a seguinte redação³⁴.

VIII – a utilização, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes visuais, sempre que a utilização em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores;

Parágrafo único. Além dos casos previstos expressamente neste artigo, também não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for:

II - feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Com esta nova redação do artigo 46 da lei de direitos autorais, espera-se superar a divergência apontada.

4.2. Análise dos requisitos da “Regra dos Três Passos”

4.2.1 Certos casos especiais

As palavras “certo” e “especial” por si só já limitam as exceção do direito de reprodução, elas devem ser claramente definidas pois é impossível identificar todas as possíveis situações em que a exceção deve ser aplicada, por isto ela dever ser interpretada restritivamente em termos quantitativos, bem como no sentido qualitativo, devendo ser claramente definida em seu escopo e alcance, considerando não apenas aqueles usuários que, efetivamente, utilizarão da exceção, mas também todos aqueles que, potencialmente, aproveitarão da limitação legal, que este casos não constitua a razão de ser de obra nova.

4.2.2 Não afete a exploração normal da obra

O significado de explorar é tirar proveito, extrair valor econômico da obra, produto do trabalho do autor. Normal significa conforme a um modelo ou padrão, convencional.

Assim, a expressão “exploração normal” deve ser interpretada além das formas que geram receitas, as formas de exploração possivelmente poderia gerá-las. Contraria o aproveitamento normal, sim, quando a utilização for de tal amplitude que faça perder o interesse do público pela aquisição da obra.

34. Proposta pós consulta pública. Disponível em < http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/04/LDA_-tabela_-compara_verseos_PosGIPI.pdf >. Acesso em: 20 abr. 2011

4.2.3. Não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor

Os “interesses legítimos” abrange todos os interesses econômicos e não econômicos dos autores, por exemplo, o direito de publicar, ou não, a obra (Direito de Inédito), de ligar o nome à obra (Direito de Paternidade) e de dar o nome à obra (Direito de Nominção).

4.3. Jurisprudência nacional

Apelação 994071195667. Relator(a): José Carlos Ferreira Alves. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado/ Data do julgamento: 29/06/2010. Data de registro: 05/07/2010. Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Utilização, sem autorização do autor, para divulgação da coleção Folha de Música Clássica - Ação julgada procedente - Violação aos direitos autorais - Configuração - Diminuição do valor arbitrado a título de dano moral - Possibilidade - Apelo da ré provido em parte, improvido o do autor.

A sentença de São Paulo foi proferida com suporte ao passo 3 da Regra dos Três passos - não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor “a utilização da obra geraria, para o autor, o pagamento correspondente, o que é suficiente para se concluir ter havido efetivo prejuízo”.

Apelação 994040707690. Relator(a): Oscarlino Moeller. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 23/09/2009. Data de registro: 01/06/2010.

Ementa: DIREITO AUTORAL - REPRODUÇÃO DE OBRA ARTÍSTICA EM CARTÃO TELEFÔNICO AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA E EXPRESSA DA AUTORA - INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 37, 77 E 78 DA LEI Nº 9610/98 - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM PARTE - RECURSO PRINCIPAL DA RÉ IMPROVIDO. DANO MORAL - INADMISSIBILIDADE, AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS DIRI PERSONALIDADE OU MESMO DE NEGATIVA NO ÂMBITO SOCIAL VERBA HONORÁRIA SOBRE CONDENAÇÃO - SENTENÇA DE PARTE - RECURSO ADESIVO PROVIDO EM PARTE.

Proferida a sentença paulista sob a égide do “passo 3” da Regra dos Três Passos (não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor) “ *De nada aproveita afirmar que não havia intenção de causar prejuízo* ”.

DIREITOS AUTORAIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - REPRODUÇÃO GRÁFICA DE OBRA PLÁSTICA SEM AUTORIZAÇÃO - DANO MATERIAL NÃO CONFIGURADO - EXCLUDENTE DO ART. 46, VIII DA LEI 9.610/98 - ATRIBUIÇÃO DE AUTORIA EQUIVOCADA - DANO MORAL CONFIGURADO - DESNECESSIDADE DA PROVA DO PREJUÍZO OU DA APURAÇÃO DE CULPA NOS CASOS ASSIM INDICADOS PELA LEI 9.610/98.- O direito do autor possui natureza dúplici, sendo protegido tanto em sua natureza patrimonial, passível de transmissão, quanto em sua natureza moral, irrenunciável e intransmissível.- Não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, em quaisquer obras, (...)

de obra integral de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores - art. 49, VIII da Lei 9.610/98.- Inexiste descaracterização da obra original em “arte gráfica” que reproduz, em fotos, partes da escultura que é integralmente retratada na capa do folheto - Ausência de prejuízo para o autor.- A não atribuição da autoria ao verdadeiro criador, implica em violação do direito moral do autor, nos termos do art. 24, II, da Lei 9.610/98, cuja consequência é determinada pelo art. 108 do mesmo diploma legal, que prevê, em seu “caput” a responsabilização por danos morais.- Lesão moral que prescinde da verificação de prejuízo concreto ou culpa do agente, por ser intrínseca à violação do direito de autoria.- Valor da indenização de danos morais fixado em patamar reduzido, em virtude das peculiaridades do caso concreto, em que houve pequeno erro da requerida decorrente da similitude das obras e dos nomes do autor e seu avô.- Recurso parcialmente provido.

A sentença mineira considerou: *“não foi caracterizada ofensa aos direitos autorais do apelante pela utilização da obra no impresso publicitário da requerida, uma vez que essa utilização não é o objetivo principal do folheto e não prejudica a exploração normal da obra reproduzida, não gerando qualquer prejuízo ao requerente.”* Foram preenchidos todos os requisitos da 3 da Regra dos Três Passos (1 - casos especiais, 2 - não afete a exploração normal da obra e 3 não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.)

5. UM PROBLEMA ANTIGO!

Nous vivons dans un siècle où les oeuvres du génie littéraire et artistique, de quelque pays qu’elles proviennent, ne tardent pas à se répandre sur toute la terre empruntant toutes les langues civilisées, faisant appel à toutes les formes de reproduction.^{35, 36}

O texto acima foi retirado do livro de Edouard Clunet de 1887, trata-se de um problema antigo, mas ganhou um enorme destaque com o surgimento de novas tecnologias.

A inovação tecnológica permite uma explosão da informação sem precedentes e a sua colocação em termos de quantidade, rapidez e fidedignidade à disposição do público. Mas, perante isto, pergunta-se se não estamos assistindo à morte do

35. Clunet, Edouard. Étude sur la convention d’Union Internationale pour la Protection des Oeuvres Littéraires et Artistiques: suivie du texte de l’avant-projet de la conférence de Berne de 1883, de la convention définitive du 9 sept. 1886, de la loi espagnole du 9 jan. 1879 sur la propriété intellectuelle, et de la convention franco-espagnole du 16 juin 1880 pour la garantie des œuvres d’esprit et d’art. Paris: Marchal et Billard (1887).

36. Tradução livre: Vivemos numa época em que as obras do gênio literário e artístico, independentemente do país de origem, logo se espalhar por toda a terra tomando todas as línguas civilizadas, utilizando todas as formas de reprodução.

Direito de Autor. O que interessaria seria a circulação sem peias das mensagens; e o Direito de Autor surge como um obstáculo, primeiro à introdução de mensagens na rede, depois à disponibilidade por todos os operadores concorrentes. Em contrário, afirma-se que a revolução tecnológica não implica uma alteração dos quadros fundamentais, mas apenas adaptações em matéria de Direito de Autor; e caminhar-se-ia para um reforço constante da proteção". (José de Oliveira Ascensão).³⁷

Na era virtual, o direito autoral tem ainda mais importância. Na rede mundial de computadores, um dos principais meios hoje utilizados para transmissão de informação, para que uma pessoa acesse qualquer página ou website, a informação deve ser recebida, copiada (ainda que temporariamente), decodificada e exibida em seu computador. Assim, o direito autoral, que antes controlava somente o direito de copiar, passou a controlar também o acesso à informação, já que o internauta (ao menos em teoria), só poderia acessar qualquer website e reproduzi-lo em seu computador a partir da autorização expressa do autor.

O direito autoral foi concebido em um momento em que as possibilidades tecnológicas não permitiam o compartilhamento, a recombinação e, principalmente, a reprodução das obras que o sistema buscava proteger. Entretanto, a permanente e acelerada inovação e a popularização de novas tecnologias permitem hoje, a qualquer pessoa, a realização de cópias de altíssima qualidade a um custo extremamente baixo. A partir, daí caracteriza-se a mobilidade e a portabilidade da informação, com impactos evidentes nos hábitos da sociedade.

A LDA, que cuida dos direitos do autor e também dos direitos de acesso às suas criações, permite diversos tipos de cópia. A lógica por trás do sistema de proteção aos direitos autorais é simples: embora nem toda criação derive necessariamente de pagamento ao autor, o criador de uma obra intelectual deve ter o direito de receber remuneração pelo trabalho desenvolvido, estimulando a produção de novos trabalhos. Esses estímulos são concedidos ao autor por meio de um direito de exclusividade para a exploração comercial da obra, o que se dá pela proibição da cópia do trabalho intelectual (uma música, um texto, um livro) por terceiros, sem autorização do autor ou da lei.

Com uso das inovações tecnológicas contemporâneas, as questões atinentes a problemas relacionados com direito autoral tornaram-se maiores. Como tecer um adequado juízo de ponderação entre o direito à propriedade intelectual e os direitos sociais, econômicos e culturais? Qual é o alcance da função social da propriedade intelectual?

O sistema jurídico em que atualmente se ampara o direito autoral, não só no Brasil, mas em todo o mundo, foi erigido principalmente no fim do século 19, tendo em vista, sobretudo a proteção das obras escritas, quer fossem literárias, artísticas ou científicas. Entretanto, o século 20 foi testemunha dos mais revolucionários avanços

37. MORATO, Antonio Carlos. Direitos Intelectuais. Direito de Autor no Terceiro Milênio: Do Mecenato às Novas Tecnologias, na Sociedade da Informação. São Paulo : Faculdade de Direito - USP, 2010.

tecnológicos promovidos pelo ser humano. A Internet³⁸ é fenômeno de transformação em escala mundial. Seus efeitos são avassaladores em relação aos antigos paradigmas de interação humana.

As inovações tecnológicas têm trazido alguma confusão no que se refere a propriedade de conteúdo disponibilizado *on-line*. Muitas vezes, pensa-se, erroneamente, que qualquer conteúdo disponibilizado na internet passa a pertencer ao “domínio público”, podendo ser livremente utilizado. Esse é um engano que já trouxe problemas sérios a pessoas que, por desconhecimento da lei, se apropriaram indevidamente de textos, imagens ou outros tipos de conteúdo disponibilizados na Internet. Mais grave ainda é a apropriação e utilização de produtos digitais comercializáveis.

A fim de tentar proteger os direitos autorais, são criados mecanismos de gerenciamento de direitos e de controle de acesso às obras, mas tais mecanismos são frequentemente contornados e a obra mais uma vez torna-se acessível.

Vê-se, nesta etapa, que a grande questão a ser analisada no caso dos direitos autorais é a busca pelo equilíbrio entre a defesa dos titulares dos direitos e o acesso da sociedade ao conhecimento.

CONCLUSÃO

A Regra dos três passos é a solução mais coerente para resolver os de conflitos entre direito de autor e o acesso a informação no ordenamento interno, devendo ser interpretado, *a priori*, de forma restritiva³⁹ e em favor do autor⁴⁰, porém advertimos que deve ser analisado o caso em concreto, pois no direito não há regra absoluta. Tanto o direito de autor quanto o direito de acesso ao conhecimento não são direitos absolutos. Uma compreensão distorcida da matéria se traduz no esmagamento deste instituto.

A Regra dos três passos surge para conciliar a legítima proteção aos autores e as inúmeras oportunidades da convergência tecnológica favorecendo um sistema

38. No dizer de Demócrito Ramos Reinaldo Filho: “O desenvolvimento da Internet e demais meios de comunicação, influndo tão profundamente em nossas vidas, não desencadeou apenas uma revolução tecnológica, mas trouxe também a seu lado uma revolução jurídica. De fato, não se poderia pretender que o Direito ficasse indiferente a esse magnífico fenômeno humano. A todo impacto nas relações humanas corresponde igual reação do Direito. O avanço das tecnologias da informação na verdade está provocando o obsolescimento de muitos institutos jurídicos e a necessidade de reformulação em tantos outros. A necessidade de ajustamento dos sistemas jurídicos nacionais para enfrentar a realidade do mundo on-line é hoje o grande desafio para o Direito” (grifos do autor). REINALDO Filho, Demócrito Ramos. Responsabilidade por Publicações na Internet. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. p. 2.

39. Conforme Art. 4º da Lei Nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

40. O ministro Carlos Alberto Menezes Direito, nos autos do Resp. de nº REsp 471110 (20/03/2003), de mãos dadas com a sistemática protetiva e com a função social da lei, assim explanou: “O direito autoral não se faz em função, apenas, da obtenção de lucro, mas da proteção do criador do espírito. Para isso que existe a lei. Não se pode forçar interpretação que contrarie a própria natureza da lei protetiva do direito autoral.”

nacional de propriedade intelectual moderno, equilibrado e justo face à enorme demanda cultural do país e promover uma sociedade menos desigual no acesso à cultura e ao conhecimento.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José Oliveira. *As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital*. Revista da ESMAPE, Recife, v. 13, n. 28, p. 324, jul./dez. 2008.
- BASSO, Maristela. *As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos (Three Step Test)*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 102, p. 493-504, 2007.
- _____. O equilíbrio sistêmico dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos autorais: os direitos exclusivos dos autores e a regra do teste dos três passos (three-step test). In: Elizabeth Accioly. (Org.). *Direito no Século XXI. Em homenagem ao Professor Werter Faria*. 01 ed. Curitiba: Juruá, 2008, v. 01, p. 433-463.
- CLUNET, Edouard. *Étude sur la convention d’Union Internationale pour la Protection des Oeuvres Littéraires et Artistiques: suivie du texte de l’avant-projet de la conférence de Berne de 1883, de la convention définitive du 9 sept. 1886, de la loi espagnole du 9 jan. 1879 sur la propriété intellectuelle, et de la convention franco-espagnole du 16 juin 1880 pour la garantie des œuvres d’esprit et d’art*. Paris: Marchal et Billard (1887)
- CORDEIRO, Pedro. Limitações e exceções sob a “Regra dos Três Passos” e nas legislações nacionais: diferenças entre o meio analógico e o digital. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra, 2002, v. III
- COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: FTD, 2008
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos Intelectuais. Direito de Autor no Terceiro Milênio: Do Mecenato às Novas Tecnologias, na Sociedade da Informação*. São Paulo : Faculdade de Direito - USP, 2010.
- FRADA, Manuel A. Carneiro. Vinho novo em odres velhos? A responsabilidade civil das “operadoras de Internet” e a doutrina comum da imputação de danos, in *Direito da Sociedade da Informação*, Volume II, APDI, Coimbra Editora, 1999
- MORATO, Antonio Carlos. *Direitos Intelectuais. Direito de Autor no Terceiro Milênio: Do Mecenato às Novas Tecnologias, na Sociedade da Informação*. São Paulo : Faculdade de Direito - USP, 2010.
- National Seminar on the WIPO Internet Treaties and the Digital Technology, 2001, Rio de Janeiro. Limitations and Exceptions Under the “Three-Step Test” and in National Legislation - Differences Between the Analog and Digital Environments. WIPO document WIPO/CR/RIO/01/4, Geneva
- HUGO, Víctor. Les misérables Tome The Project Gutenberg EBook of Les misérables Tome I, Fantine, 1886. Release Date: January 10, 2006 [EBook #17489]. Character set encoding: ISO-8859-1.

ORTELLADO, Pablo, e Jorge Alberto Machado (2006), *Direitos autorais e o acesso às publicações científicas*, Revista da Associação dos Docentes da Universidade de S. Paulo, 37, pp. 6-15, disponível em: <http://www.adusp.org.br/revista/37/r37a01.pdf>

SILVEIRA, Newtona. “Os direitos autorais e as novas tecnologias da informação conforme a Lei 9.610/98.” In: Eduardo Salles Pimenta. (Org.). *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 262.

L. Ray Patterson & Stanley F. Birch, Jr., *A Unified Theory of Copyright*, 46 *HOUS. L. REV.* 215 (2009).

REINALDO Filho, Demócrito Ramos. *Responsabilidade por Publicações na Internet*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005

REVISTA ABRAMUS - Número 07 - Publicação da Associação Brasileira de Músicas de Artes - ano III - Jan/Fev/Mar 2008

Submetido: 8/9/2011

Aceito: 30.10.2012