

## Promovendo criatividade através das limitações de Direitos Autorais: reflexões acerca do conceito de exclusividade na lei de direitos autorais

Christophe Geiger\* \*\*

---

**Resumo** – As limitações ao direito de autor são suficientes para a promoção efetiva da criatividade e da inovação? A proposição da questão nesses termos pode, inicialmente, causar surpresa, uma vez que a função de incentivo [do direito de autor] é tradicionalmente atribuída aos direitos exclusivos, e não às suas limitações. Contudo, não se deve esquecer que o ato inovador tem por base criações já existentes. Em consequência, ao privar o titular do direito da possibilidade de dar seu consentimento em relação a determinadas utilizações [de seu trabalho], poder-se-ia estar encorajando usos criativos. Ainda, os legisladores podem determinar limitações a fim de garantir que as utilizações [de obras] não ocorram gratuitamente, proporcionando um retorno monetário justo aos titulares, por exemplo, pelo estabelecimento de um sistema de remuneração compensatória relacionado às limitações [de direito de autor]. Em vários países europeus as utilizações legitimadas através das limitações aos direitos de autor são frequentemente associadas ao pagamento de uma remuneração a qual, por sua vez, geralmente proporciona aos criadores [intelectuais] rendimentos consideráveis. Isto posto e, adotando a perspectiva do criador e de seus interesses, este artigo tem por fim promover a reflexão sobre as limitações e exceções ao direito de autor e, nessa ocasião, lançar livremente alguns pensamentos relativos ao princípio da exclusividade do Direito de Autor.

**Palavras-chave:** Direito de Autor; exceções e limitações, criatividade, Direito Constitucional, Direito Europeu, Tratados Internacionais

**Abstract:** *Do copyright limitations have the ability to promote creativity and innovation in an effective way? This question may initially sound astonishing, because the incentive function is*

---

\* Professor Associado, Diretor Geral e Diretor do Laboratório de Pesquisa do Centro Internacional de Estudos de Propriedade Intelectual (CEIPI), Universidade de Estrasburgo; Pesquisador Sênior do Instituto Max Planck para Propriedade Intelectual, Munique, Alemanha.

\*\* Publicado originalmente em inglês para Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law [Vol. 12:3:515, pág. 515/548]. Tradução: Amanda Celli Cascaes, Revisão: Karin Grau-Kuntz/Newton Silveira. O texto presente é uma versão atualizada do artigo.

*traditionally attributed to the exclusive rights and not to their limitations. Anyhow, it should not be forgotten that innovation often builds on existing creations. As a consequence, by depriving the copyright holder of giving his consent to certain acts, one might in turn encourage creative uses. In addition, it is possible for legislators to draft limitations in order to guaranty that the exempted uses are not for free but provide for a just monetary return for right holders, for example by establishing a workable “limitation-based” remuneration system. In many European countries, uses legitimated by copyright limitations are often coupled with the payment of a remuneration, from which the creators often profit in a considerable manner. Thus, this article seeks to reflect on the limitations and exceptions to copyright from the perspective of the creators and their interests and, on this occasion, to express some free thoughts concerning the principle of exclusivity in copyright law.*

**Keywords:** *Copyright law, exceptions and limitations, creativity, Constitutional law, European law, international treaties*

## **Introdução**

O sistema do direito de autor enfrenta atualmente uma séria crise de legitimidade, sobretudo devido àquilo que muitos estudiosos consideram como sua tendência “superprotetora”<sup>1</sup>. Além disso, o direito de autor parece ter progressivamente se transformado em um direito que não pode ser descrito como “pró criadores”, o que - particularmente em consideração àqueles países cujas legislações estão centradas nas pessoas dos criadores - desponta como altamente problemático. Em consequência disso há um forte clamor por uma redefinição mais equilibrada de seu escopo de proteção. Como é muito difícil deixar de garantir direitos que já vinham sendo anteriormente garantidos, depositam-se no momento grandes esperanças no aperfeiçoamento das

---

<sup>1</sup> Sobre essa tendência “expansionista” da propriedade intelectual, veja Rochelle Cooper Dreyfuss et al., *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society* (Oxford University Press, 2001); Reto M. Hilty, *The Expansion of Copyright Law and its Social Justification*, em *Copyright Law and the Information Society in Asia* (Christopher Heath & Kung-Chung Liu – Organizadores), IIC Studies Nr. 27 (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007); Peter Gyertzámfy, *Expansion des Urheberrechts - Und kein Ende?*, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, (2002), pág. 557; William R. Cornish, *The Expansion of Intellectual Property Rights, Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation* (Gerhard Schriker et. al., Organizadores), Baden-Baden: Nomos, 2001, pág. 9; Hugh Laddie, *Copyright: Over-strenght, Over-regulated, Over-rated?*, *Eur. Intell. Prop. Rev.* 253, 1996, pág. 18; Ben Depoorter, *The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law*, 9 *Va. J. L. & Tech.*, 4, 2004; Neil W. Netanel, *Why has copyright expanded? Analysis and Critique*, em Fiona Mcmillan (Org.) *New Directions in copyright law*, v. 6. Cheltenham/UK e Northampton/MA: Edward Elgar, 2007, pág.3.

limitações e exceções a esses direitos. Muito se reclama nos últimos tempos nos círculos acadêmicos e nos fóruns internacionais por um instrumento internacional de limitações e exceções (ou de suas interpretações).<sup>2</sup> Enquanto em tempos passados as discussões acadêmicas versavam principalmente em como expandir o sistema de direito de autor e adaptá-lo aos desafios das novas tecnologias, atualmente, contudo, o foco parece ter se deslocado para a questão de como garantir um equilíbrio apropriado entre proteção e usos livres<sup>3</sup>, o que significa, em síntese, [em responder] como será possível deixar de garantir aquilo que já vem sendo garantido e em demasia. De qualquer forma este tipo de ajuste fino no sistema de direito de autor conta com muitos adversários, especialmente na [chamada] indústria de direito de autor. Os adversários da expansão e do aperfeiçoamento do sistema de limitações argumentam, principalmente, que se muito for retirado dos titulares do direito não haverá mais incentivo para criar ou investir na elaboração de novos trabalhos. Por sua vez, a falta de incentivo seria prejudicial à sociedade, posto levar a perdas econômicas e culturais, o que viria acompanhado por consequências típicas, tais como desemprego, perda de influência cultural, necessidade de importação de produtos inovadores etc. A posição desses adversários é baseada na suposição de que a função como incentivo da inovação somente poderia ser cumprida por meio [da garantia] de direitos exclusivos. Neste artigo adota-se uma posição antagônica, no sentido que em uma sociedade baseada no conhecimento um sistema bem projetado de limitações poderá vir a em muito beneficiar a inovação e criatividade, enquanto reajusta o equilíbrio dos direitos em favor dos criadores, garantindo a eles uma justa participação nos lucros gerados por seus trabalhos. Na primeira parte do presente artigo cuidarei de expor como poderia ser concebido um sistema de direito de autor “pró limitações”. Na segunda parte tratarei de demonstrar que esta abordagem é compatível com imperativos das leis constitucionais, europeias e internacionais.

---

<sup>2</sup> Veja, por exemplo, P. Bernt Hugenholtz e Ruth Okediji, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright, Final Report*, Março de 2008; Christophe Geiger, *Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions*, 40 IIC 627 (2009).

<sup>3</sup> Veja Reto M. Hilty e Christophe Geiger (Org.), *The Balance of interest in Copyright law*, Munique, 2006, publicação online: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, em <[http://www.intellecprop.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/online\\_publicationen.cfm](http://www.intellecprop.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/online_publicationen.cfm)>; R. M. Hilty e S. Nérison (Org.), *Balancing Copyright – A Survey of National Approaches*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2012; Llewellyn Gibbons e Xiao Li Wang, *Striking the Rights Balance among Private Incentives and Public Fair Uses in the United States and China*, 7 John Marshall Review of Intellectual Property Law 488 (2008); Christophe Geiger, *The Future of Copyright in Europe: Striking a Fair Balance between Protection and Access to Information*, Relatório para o Comitê de Cultura, Ciência e Educação da Assembleia Parlamentar da Corte Europeia, Strassburg, Julho de 2009 (publicado em inglês, em versão revisada para Intellectual Property Quarterly (IPQ) 2010, 1); Veja em português: Christophe Geiger, *O Futuro do Direito Autoral na Europa: Estabelecendo um Equilíbrio Justo entre Proteção e Acesso à Informação*, em Revista Síntese de Direito Empresarial, São Paulo, (edição nº 31, de Março/Abril de 2013).

## **I- Concebendo uma abordagem “pró limitações” para o direito de autor: proteção para a criatividade e para os criadores**

A adoção de uma abordagem “pró limitações” pressupõe necessariamente compreender o que são, exatamente, “limitações de direitos de autor”. Os legisladores internacionais e europeus, por exemplo, nunca empregam terminologia uniforme quando se referem a limites impostos ao direito exclusivo o que, certamente, não traduz uma coincidência. De fato, os termos “limitação” e “exceção” são empregados concomitantemente de forma sistemática. Essa diferença terminológica pode afetar profundamente a compreensão de tais instrumentos legais, visto que cada um deles pode estar se referindo a diferentes realidades legais em diferentes tradições nacionais.<sup>4</sup> Um exemplo proeminente é o problema da interpretação adequada dos limites dos direitos de autor o que, de fato, pode depender do exato significado contextual dos vocábulos limitação ou exceção. Portanto e no que segue, tentarei explicar o significado legal de “limitações e exceções” de modo a lançar luz sobre suas interpretações e sobre o escopo da proteção dos direitos de autor. Ainda, cuidarei de examinar se o princípio da exclusividade é sempre o instrumento apropriado para atingir os objetivos perseguidos pelas leis de direitos de autor e, seguindo, se este princípio, quando em consideração com as leis internacionais, europeias e constitucionais e em conformidade com o direito positivo, poderia ser alterado ou até mesmo reconsiderado quando frente a determinados casos.

*A. O que são “limitações e exceções” aos direitos de autor e qual é a realidade jurídica que se esconde por trás da terminologia?*

Existem diversas formas de esboçar as limitações ao direito de autor, seja como previsões abertas, como um catálogo de usos excepcionais permitidos ou, ainda, como uma combinação de

---

<sup>4</sup> Veja Martin R. F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2004) que, de maneira interessante, aponta que o uso paralelo de ambos os termos em tratados internacionais como o TRIPS não foi resultado de um acidente, mas antes de um compromisso entre o chamado “droit d’auteur” e as tradições de direito autoral da *common law*. Veja também Séverine Dussolier, *Droit d’auteur et protection des oeuvres dans l’univers numérique: droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres* (Bruxelas, Larcier, 2005), parágrafo 546, nota 31 (discutindo o uso de ambos os termos como forma de acomodar diferentes culturas legais na Diretiva de direitos autorais de 2001). De acordo com Michael Vivant e Jean-Michel Bruguière, *Droit d’auteur* (Paris, Dalloz, 2009), parágrafo 556, na determinação do escopo de proteção dos direitos autorais é importante prestar crescente atenção ao vocabulário empregado neste contexto.

ambos. A primeira forma mencionada geralmente reporta aos países que adotam o sistema do *commom law* (como, por exemplo, nos EUA, com a cláusula do *fair use*), enquanto a segunda é característica de países que adotam o sistema do *civil law*. No primeiro caso a previsão possibilita uma reação mais flexível frente a novas situações e em contrapartida os resultados são menos previsíveis. No segundo caso a legislação é mais rígida, mas há uma maior segurança jurídica. A falta de flexibilidade nos países de *civil law* tende a ser acentuada através de uma interpretação restritiva dessas limitações – isso mesmo e apesar do fato desse princípio de interpretação restritiva vir sendo cada vez mais questionado pela doutrina e, ainda, não estar mais, como será visto a seguir, sendo aplicado de forma sistemática pelas cortes.

Quando uma determinada utilização é abarcada por uma limitação, então das duas uma, ou ela poderá ser gratuita ou poderá estar vinculada ao pagamento de uma remuneração equitativa. A limitação é, assim, geralmente chamada de “licença legal”. Contudo, essa situação frequente em vários países europeus (especialmente no contexto de cópia privada) é rara ou até mesmo ausente na maioria dos países do *commom law*. Aqui é importante ter em mente, posto afetar o modelo proposto de abordagem pró-limitações aos direitos de autor, que uma utilização excepcionada não corresponde necessariamente a uma utilização gratuita. Como resultado, a abordagem aqui proposta pode ser considerada como muito europeia em seu espírito (uma vez que muitos países na Europa seguem o modelo do *civil law*), podendo restar como surpreendente (ou mesmo um pouco estranha) para um especialista em direitos de autor de uma tradição do *commom law*.

O que são limitações e exceções sob uma perspectiva legal? Embora estejam localizadas no centro de todas as discussões atuais em sede de direitos autorais, essa questão crucial ainda não foi definitivamente esclarecida<sup>5</sup>. É provável que muitos dos mal-entendidos - e um deles pode estar vinculado ao princípio de interpretação restritiva das limitações aos direitos de autor - originem-se nas diferentes associações vinculadas aos termos legais “limitações” e “exceções”. Também é possível que - como é frequente na jurisprudência - termos linguísticos estejam eventualmente

---

<sup>5</sup> Tentando determinar a natureza das exceções e limitações, vide Andrew Christie, *Maximising permissible exceptions to intellectual property rights*, em A. Kur e V. Myzaras (Org.), *The Structure of Intellectual Property Law – Can One Size Fit All?* (Cheltenham, UK/ Northampton, MA: Edward Elgar, 2011), p. 121. Sobre este assunto veja Christophe Geiger e F. Schönherr, *Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions*, em T. E. Synodinou (Org.), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Alphen ann den Rijn (NL), Kluwer Law International, 2012, 133.

[sendo empregados] expressando crenças. Uma interpretação restritiva somente se justificará se, por exemplo, em termos legais e de acordo com o princípio *exceptio est strictissimae interpretationis* um limite for considerado como uma exceção ao direito de exclusividade<sup>6</sup>. O termo “exceção” implica em um certo *status* simbólico que, em semelhança ao termo “propriedade intelectual”, é muitas vezes empregado de forma intencional. Como já anteriormente explicado em trabalho acadêmico,

o termo “exceção” implica em uma hierarquia. Se o uso não é coberto exatamente pela definição de exceção, deve-se retornar ao princípio da exclusividade. A fim de ilustrar esta situação pode-se dizer que uma exceção é um tipo de ilha no mar da exclusividade. O termo “limitação” implica em um teor diverso. O escopo da exclusividade é determinado pelas suas limitações. Para além dessas fronteiras o autor não exercerá mais controle sobre o seu trabalho. Lançando mão da figura ilustrativa já utilizada, o direito deveria então ser considerado como uma ilha de exclusividade em um mar de liberdade<sup>7</sup>. Em todo o caso, assumindo que direitos distintos estejam em situação de paridade [hierárquica], e que deva ser atingido um equilíbrio justo entre os vários interesses, não poderia haver hierarquia em favor dos autores. Ao contrário, a lei de direitos autorais garante direitos de exploração somente sob determinadas condições (ela protege a expressão e não o conteúdo e, além disso, somente aquelas expressões que expressem “individualidade” ou “originalidade”). Por esse motivo a liberdade é o que deve ser considerado como princípio e a exclusividade como exceção que precisa

---

<sup>6</sup> Obviamente esse princípio de interpretação restritiva das exceções não é incontestável. Veja em alemão Markus Wurdinger, *Die Analogiefähigkeit von Normen*, 2006, 206, 965 p. Na França posições matizadas são arguidas na doutrina de direito civil (veja Gérard Cornu, *Droit Civil: Introduction, Les personnes, Les biens*, 12. ed. Paris: Montchrestien, 2005, parágrafo 417, aduzindo que as limitações devam ser interpretadas em consideração às suas justificações, de modo que uma interpretação expansionista seria possível quando requerida para o cumprimento do objetivo da limitação.)

<sup>7</sup> Veja Christophe Geiger, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, 2004, 35 IIC 268. A análise não é diferente quando a limitação refere-se ao pagamento de remuneração (erroneamente chamada de taxa, vide infra). Neste caso todos poderão “navegar em um oceano de liberdade”, porém sujeito ao pagamento de uma justa remuneração ao criador; no mesmo sentido a utilização de rodovias é aberta a todos os carros, mas em determinados países requer-se a compra de um adesivo [como forma de cobrança de pedágio], ou o uso do metrô, que é aberto a todos, mas requer a compra de um bilhete.

de uma justificação<sup>8</sup>. Assim, limitações ao direito de autor não são exceções ao direito exclusivo do autor, mas sim [expressão de] técnicas legais que determinam o exato escopo dos direitos autorais<sup>9</sup>.

Se as limitações são compreendidas como instrumentos que determinam o escopo de um direito e, assim, se elas especificam o alcance legal real do direito, esclarecendo quais utilizações não são capturadas pela lei de direito de autor, então parece desnecessário diferenciar entre o escopo da proteção, de um lado, e as limitações ao direito de autor, de outro. Seguindo esta linha de raciocínio o direito autor, compreendido em seus aspectos ativo e passivo, deve ser encarado como um todo que não pode ser separado<sup>10</sup>. Em consequência disso os direitos de exploração e as limitações a tais direitos são os dois lados de uma mesma moeda<sup>11</sup>. Como a Suprema Corte do

---

<sup>8</sup> Veja Christophe Geiger, *Les exceptions au droit d'auteur em France (analyse critique et prospective)*, em Christophe Geiger, Michèle Bouyssi-Ruch e Reto M. Hilty (Org.), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur em Europe*, Paris: Litec, 2007, 349; Reto M. Hilty, *Sündenbock Urheberrecht?*, em Ansgar Ohly e Diethelm Klippel (Org.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 107 a 111; Detlef Kroger, *Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch?*, [2002] M.M.R. 18 a 20; Thomas Hoeren, *Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction?*, em Jane Ginsburg & June Besek (Org.), *Adjuncts and Alternatives to Copyright: Proceedings of the ALAI Congress*, New York, Junho, 2001 (New York, Kernochan Center for Law Media and the Arts, 2002) p. 348 a 361.

<sup>9</sup> Christophe Geiger, *De la nature juridique des limites au droit d'auteur* (2004) 13 *Propr. intell.* p. 882, e do mesmo autor: *Der urheberrechtliche Interessensausgleich in der Informationsgesellschaft*, em [2004] *GRUR Int.* p. 815; P. Bernt Hugenholtz, *Fierce Creatures, Copyright Exemptions: Towards Extinction?* em *IFLA/IMPRIMATUR Conference, Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, Amsterdam, 30 e 31 de Outubro de 1997, p. 13, e do mesmo autor, *Adapting Copyright to the Information Superhighway*, em P. Bernt Hugenholtz (Org.), *The Future of Copyright in a Digital Environment, Proceedings of the Royal Academy colloquium organized by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law*, Amsterdam, 6 e 7 de Julho de 1995 (The Hague: Kluwer Law International, 1996) 81. Para uma conceitualização acerca da natureza das exceções e limitações vide também o recente trabalho de Andrew Christie, *Maximising permissible exceptions to intellectual property rights*, em: A. KUR e V. MIZARAS (Org.), *The Structure of Intellectual Property Law- Can One Size Fit All?*, 287 (Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2011); Christophe Geiger and Franciska Schönherr, *Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions*, supracitado na nota 5.

<sup>10</sup> Veja também J. Forns, *Le droit de propriété intellectuelle dans ses relations avec l'intérêt public et la culture*, *Le Droit d'Auteur*, 15 de março de 1951, 25 a 28; Jaap H. Spoor, *General Aspects of Exceptions and Limitations to Copyright* em Libby Baulch, Michael Green & Mary Wyburn (Org.), *The Boundaries of Copyright: its proper limitations and exceptions*, ALAI Study Days 1998 (Sydney, NSW: Australian Copyright Council, 1999) 27. Como Vivant & Bruguière, *Droit d'auteur*, supracitada nota 4 no parágrafo 565 bem descreve: “Dis-moi quelles sont tes exceptions, je te dirais quel est ton droit” (Me diga quais são as suas exceções e eu lhe direi qual é o seu direito [traduzido pelo autor]). Ch. Geiger e F. Schönherr, *Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions*, supracitada nota 5.

<sup>11</sup> Veja também Haimo Schack, *Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung*, em Ansgar Ohly et al. (Org.), *Perspektiven des Geistigen Eigentums und*

Canadá de forma interessante afirmou em uma decisão proferida em março de 2004, “talvez a forma mais apropriada de entender a exceção do *fair dealing* seja como uma parte integrante do *Copyright Act* ao invés de simplesmente como uma defesa”<sup>12</sup>. Embora esta afirmação não corresponda ao entendimento clássico – ao menos no que toca a Europa<sup>13</sup> – pode-se afirmar que o termo da proteção e suas condições também “limitam” (e/ou definem) o direito de exploração.

As limitações ao direito de autor - como [por exemplo] o direito de fazer uma citação - e uma obra em domínio público - como um trabalho cujo termo de proteção expirou - têm uma característica crucial em comum, qual seja o fato do autor não poder proibir a utilização [da obra] se determinadas condições forem satisfeitas. A utilização ocorre fora do âmbito de controle garantida ao criador. Em adição, as justificativas [oferecidas] para as restrições, tais como o fim da proteção autoral ou as condições de proteção, são geralmente similares àquelas levantadas em conexão às limitações tradicionais. Por exemplo, o princípio da liberdade de ideias (ou, lançando mão de uma terminologia do *common law*, a dicotomia ideia/expressão) e o direito de citação (ou, em um contexto norte-americano, um “uso justo” para fins de citação) exercem função idêntica, qual seja, a de viabilizar aos criadores construir [suas obras] a partir de ideias pré-existentes e

---

Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag (Munich: Beck, 2005) 511 [Ohly, Perspektiven]: O conteúdo do direito de autor e suas limitações são duas facetas de uma mesma medalha. É a consideração global que permitirá reconhecer o âmbito da utilização da obra garantida ao autor”.

<sup>12</sup> CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13 [CCH], no parágrafo 48.

<sup>13</sup> Veja por exemplo Annette Kur, *Of Oceans, Islands, and Inland Water- How much Room for Exceptions and Limitations under the Three-step Test?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law, Research Paper Series No. 08-04 (publicado sob o título: *Limitations and exceptions under the three-step test, how much room to walk the middle ground?*, em: A. Kur com M. Levin (Org.), *Intellectual Property in a Fair World Trade System - Proposals for reforming TRIPS*, 208 (Cheltenham, UK/Northampton, MA: Edward Elgar, 2011), defendendo a distinção entre limitações como a duração do direito, requerimentos de proteção geral ou exclusões de determinados assuntos, e limitações “que, apesar de um direito ter sido garantido (e não ter expirado), traduzem um obstáculo para o titular de direitos impô-lo [o direito] em certas situações – ou dito da outra forma, regras que funcionam como defesa contra reivindicações baseadas em direitos válidos e não expirados”, sendo o clássico exemplo – de acordo com a autora – o direito de citação. Veja nesse sentido a decisão do Tribunal de Segunda Instância de Paris, CA Paris, 4th Division A, 4 de Abril de 2007, (2008) 39 IIC 360, de acordo com a qual a exceção da cópia privada somente pode ser invocada como uma defesa a uma reivindicação de direito autoral, e não “em suporte a uma ação no caso principal, à luz do princípio do “não há jurisdição sem direito”, solução aprovada pela Suprema Corte Francesa, 1st civil division, 27 de Novembro de 2008, (2009) 46 RLDI 10, comentada por O. Pignatari. Este entendimento clássico pode já ter sido superado na Europa através da implementação, em algumas leis nacionais, [de mecanismos] que permitem ao usuário “forçar” uma limitação ante a presença de uma medida técnica que bloqueia um uso isento pela lei (veja, por exemplo, o Art. 95b da lei alemã de direitos de autor). Neste caso parece que a limitação não serve apenas como mera defesa, mas também podendo ser invocada ofensivamente contra o titular de direitos que utiliza as medidas técnicas. Veja Christophe Geiger, *Copyright and Free Access to Information, For a Fair Balance of Interests in a Globalised World* [2006] E.I.P.R. 366, p. 370.



[ainda] prevenir uma intervenção desnecessária no trato com trabalhos existentes, uma exigência essencial para viabilizar a atividade criativa<sup>14</sup>.

Outro argumento que indica contra essa distinção categórica estrita é o seguinte: frequentemente pode ser muito difícil distinguir uma determinação vinculada ao escopo de proteção dos direitos de autor de uma limitação correspondente<sup>15</sup>. Isso, por exemplo, tornou-se aparente quando, frente ao significado do Artigo 5, parágrafo 1 da Diretiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, de 22 de maio de 2001, cuidou-se [da noção] de *reprodução temporária*<sup>16</sup>. Seria o caso de uma “limitação” tradicional, como a classificação sistemática na Diretiva indica? Ou esse tipo de reprodução seria tão insignificante e, além disso, necessário para a utilização do trabalho (e, assim, não devendo ser abarcada pela lei de direitos autorais), de forma que não tocaria a esfera protegida de reprodução [da obra]?<sup>17</sup>

O mesmo problema já havia sido discutido pela Suprema Corte Francesa com relação à reprodução de um trabalho como um acessório insignificante (“exception de reproduction accessoire”) em situações que, por exemplo, um trabalho acidentalmente reproduz outro ao fundo<sup>18</sup>. Isto envolveria uma limitação ao direito de autor criada por uma jurisdição sem uma base

---

<sup>14</sup> Veja Christophe Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé* (Paris: Litec, 2004) 209.

<sup>15</sup> Veja também Vivant & Bruguière, nota 4 supra, no parágrafo 557, admitindo que não é fácil distinguir entre as diferentes situações e que uma mesma situação pode levar a leituras distintas.

<sup>16</sup> Diretiva de 22 de Maio de 2001 sobre a harmonização de determinados aspectos de direitos autorais e direitos conexos na sociedade da informação [2001] O.J. L 167 de 22 de Junho de 2001 p. 10.

<sup>17</sup> Veja por exemplo André Lucas, *Droit d'auteur et numérique* (Paris: Litec, 1998) no parágrafo 243; P. Bernt Hugenholtz, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid* [2000] E.I.P.R. 501; Vivant & Bruguière, nota 4 supra, no parágrafo 594. Para uma discussão, veja também IViR, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, Final Report* (Universidade de Amsterdam, Holanda, Novembro de 2006) 68 f., online: IVIR <<http://www.ivir.nl>>; Alexander Peukert, *Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut*, especialmente: *Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses* em Reto. M. Hilty & Alexander Peukert (Org.), *Interessenausgleich im Urheberrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2004) 11, p. 26. Veja também a decisão da Suprema Corte Suíça datada de 26 de Junho de 2007, no caso “Electronic Press review”, (2009) 40 IIC 990, pela qual o armazenamento temporário de um trabalho não permite uma utilização que implique no ir além da percepção do próprio trabalho; o armazenamento temporário de um trabalho “é, muito mais, uma parte de sua própria performance”. Portanto, não é dotado de significância econômica independente e, por esta razão, deve ser excluído do direito de reprodução do autor”.

<sup>18</sup> Suprema Corte Francesa, 15 de Março de 2005, (2005) 36 IIC 869. Veja sobre este assunto Christophe Geiger, *Creating Copyright Limitations without Legal Basis: The “Buren” Decision, A Liberation?* (2005) 36 IIC p. 842. Veja também a decisão do Tribunal de Segunda Instância de Paris, de 12 de Setembro de 2008, (2009) 31 Propr. intell. 53, comentada por André Lucas e Jean-Michel Bruguière à pag. 56. De acordo com

estatutária? Ou trata-se de uma utilização economicamente insignificante, que não deve ser abarcada pelo direito de reprodução, posto não se tratar de um ato de exploração do trabalho?<sup>19</sup> Outro exemplo tem-se com o uso privado da obra. Trata-se de uma limitação clássica ao direito de autor ou é patente não ser o direito exclusivo aplicável à esfera privada, mas somente em relação as utilizações da obra na esfera pública?<sup>20</sup>

Em última análise, se temos em mente que em ambas as hipóteses o autor não pode proibir a utilização de sua obra ou de partes dela, a controvérsia não parece ser tão decisiva. Contudo, o que parece ser muito mais crucial neste contexto é a *função* de uma restrição de direito de autor. É incontestável que a lei de direitos de autor deve criar espaços livres para permitir o uso criativo dos trabalhos existentes. Através desses espaços livres devem ser assegurados valores constitucionais comuns, como as liberdades de expressão, de informação e artística, e deve-se servir o interesse público em uma vida cultural abrangente<sup>21</sup>. Em suma, limitações relacionam-se à promoção da criatividade ou, para utilizar uma terminologia econômica, inovação<sup>22</sup>. Esta é também uma função que os direitos de exploração devem satisfazer<sup>23</sup>.

---

o Tribunal, o uso acessório de um trabalho “não entra no escopo do monopólio da proteção dos direitos autorais e não deve, portanto, estar sujeito às regras internas deste monopólio” [traduzido pelo autor].

<sup>19</sup> Veja por exemplo Vivant & Bruguière, supracitada nota 4, parágrafo 564.

<sup>20</sup> Isto foi arguido, por exemplo, por Philippe Gaudrat & Frédéric Sardain, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d’auteur*, Comm. com. électr. Nov. 2005; Philippe Gaudrat, *Réflexion disperses sur l’éradication méthodique du droit d’auteur dans la ‘société de l’information’*, [2003] RTD Com. 87, 102 s.; Vivant & Bruguière, nota 4 *supra*, parágrafo 562, 583 s. ; Pignatari, nota 13 *supra*. Veja também Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 6. ed. (Paris: PUF, 2007) parágrafo 338, de acordo com o qual “o fundamento dos direitos de autor é a utilização pública do trabalho em uma perspectiva econômica”; Abraham Drassinower, *Authorship as Public Address: On the Specificity of Copyright Vis-à-vis Patent and Trade-Mark*, [2008] Mich. St. L. Rev. 199 f. 200, de acordo com o qual “direitos autorais são menos um direito de exclusividade de reprodução do que um direito de exclusividade de apresentação pública. Copiar para uso pessoal, por exemplo, fica fora do âmbito dos direitos de um autor (ênfase dada)”.

<sup>21</sup> Veja Christophe Geiger, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?* (2004) 35 IIC 268.

<sup>22</sup> Vide também Ruth L. Okediji, “The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries”, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No. 15 (Geneva: ICTSD, 2006) [Okediji, “International Copyright System”] Sumário Executivo, X: “À garantia ilimitada ou ao exercício de direitos sem limitações e exceções correspondentes e adequadas correspondem sérias implicações negativas a longo prazo, não só para as prioridades centradas no desenvolvimento, mas antes para o próprio processo criativo e de inovação.”

<sup>23</sup> Veja também neste sentido Annette Kur, Marianne Levin & Jens Schovsbo, *Expropriation of Fair Game for All? The Gradual Dismantling of the IP Exclusivity Paradigm*, em: A. Kur com M. Levin (Org.), *Intellectual Property in a Fair World Trade System - Proposals for reforming TRIPS*, 408 sq. (Cheltenham, UK/Northampton, MA: Edward Elgar, 2011): “Apesar da sua canonização como um tipo especial de direitos humanos e independente do forte sabor de direitos pessoais que permeia os direitos autorais, a propriedade

Adotando uma perspectiva utilitarista, a inovação corresponde ao objetivo principal do sistema de direitos autorais: “para promover o progresso da ciência e artes úteis”, como significativamente está escrito na Constituição Americana<sup>24</sup>. Sob uma perspectiva funcional do sistema de direitos autorais resta aqui mais uma vez evidente quão estranha parece ser a distinção entre direitos de exploração e limitações aos direitos de autor, posto ambos perseguirem um objetivo legal comum: ambos são instrumentos legais voltados à promoção da criatividade<sup>25</sup>. Desse ponto de vista o debate que versa sobre a questão se as limitações aos direitos de autor garantiriam *direitos* aos usuários desponta como uma discussão técnica focada, ao menos na Europa, no conceito de direitos subjetivos (“subjective Rechte”/ “droits subjectifs”)<sup>26</sup>. De fato, aquele que utiliza um trabalho de uma maneira legitimada por uma limitação ao direito de autor não age assim calcado em um interesse protegido por uma limitação, mas sim nos direitos autorais em seu aspecto negativo. Ele age, então, com base no *direito de autor considerado como um todo*, que se materializa como resultado de um equilíbrio entre exclusividade e necessidade de manter a criação livre de um ônus de monopólio<sup>27</sup>. De um ponto de vista funcional não há hierarquia entre direitos de exploração e limitações; o que conta, em última análise, é o resultado<sup>28</sup>. Isso significa que as limitações ao direito de autor não podem ser destacadas dos direitos de exploração; ambos formam

---

intelectual foi criada, em primeiro lugar, “para cumprir com um fim, nomeadamente para incentivar criatividade e inovação”. Veja também nesse tópico Reto M. Hilty, *Sündenbock Urheberrecht?*, nota 8 *supra*.

<sup>24</sup> Const. dos EUA, art. I, § 8, cl. 8.

<sup>25</sup> Veja também Gerhard Schricker, *Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik* [1992] GRUR 246, arguindo que o interesse público é a razão para ambos, para a proteção e para restrição dos direitos autorais.

<sup>26</sup> Neste debate em relação à exceção da cópia privada veja Christophe Geiger, *Right to Copy v. Three-Step Test, The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment* [2005] CR international 7 s.

<sup>27</sup> Veja neste espírito CCH, nota 12 *supra*, parágrafo 48: “A exceção da negociação justa é talvez mais corretamente entendida como uma parte integrante da Lei de Direitos Autorais do que como uma simples defesa a... A exceção da negociação justa, assim como outras exceções na Lei de Direitos Autorais, é um direito do usuário”. Referindo-se a esta decisão veja Drassinower, nota 20 *supra*, p. 200: “Negociação justa no Canadá ou uso justo nos Estados Unidos é menos uma exceção para a violação de direitos autorais do que um “direito do usuário” inequivocamente parte da lei de direitos autorais [ênfase dada]. Veja também Marie-Christine Janssens, *The issue of exceptions: reshaping the keys to the gates in the territory of literary, musical and artistic creation* em Estelle Derclaye (Org.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (Cheltenham, UK/Northampton, MA: Edward Elgar, 2009) 317 a 347, enfatizando que o mecanismo de equilíbrio entre os direitos exclusivos e as exceções “está arraigado no sistema de direitos autorais e é de suprema importância para a sua legitimidade e credibilidade (ênfase dada)”.

<sup>28</sup> Veja também nessa linha Annette Kur, Marianne Levin & Jens Schovsbo, nota 23 *supra*: “Exclusividade deve ser o modelo regulatório dominante apenas onde e na medida em que outros esquemas de não exclusividade não possam atingir os mesmos ou melhores resultados, e/ou gerar mais efeitos benéficos para a sociedade como um todo”.

um todo, que atende à promoção da criatividade<sup>29</sup>. O alcance de um direito é determinado pelas suas limitações; para além dessas limitações o autor não controla seu trabalho. Em consequência disso a demanda por uma proteção mais extensiva e rigorosa<sup>30</sup>, bem como o postulado por uma interpretação restritiva das limitações aos direitos de autor, são declarações meramente políticas. Relevante neste contexto apenas deveria ser [questionar] se a regulação dos direitos autorais atinge o propósito desejado<sup>31</sup>. Se os objetivos puderem ser atingidos por uma maior restrição do escopo de proteção, utilizando-se uma interpretação extensiva ou limitações adicionais aos direitos de autor, então não deveria haver objeção a ela [maior restrição do escopo de proteção].

Ademais, em termos econômicos, as limitações expressam um valor econômico que, por sua vez, pode ser determinado.<sup>32</sup>. Existem, de fato, numerosos negócios que utilizam-se de materiais abarcados pelas limitações (trata-se aqui dos chamados “serviços de valor acrescentado”), gerando lucro e crescimento econômico<sup>33</sup>. Mesmo que a limitação preveja pagamento ou remuneração compensatória, a ausência de custos relacionados ao processo de procura do titular do direito, à negociação de uma licença e, havendo conflito, aos custos relacionados ao litígio, também é dotado de valor mensurável e, portanto, facilita a reutilização criativa de trabalhos existentes.

---

<sup>29</sup> Veja também Okediji, *International Copyright System*, nota 22 *supra*: “Limitações e exceções devem corresponder aos direitos garantidos aos autores”.

<sup>30</sup> Para uma discussão muito persuasiva sobre este tópico veja Alexander Peukert, *Ein möglichst hohes Schutzniveau des Urheberrechts fördert Kreativität und dynamischen Wettbewerb: Ein Irrtum?!*, Mathis Berger & Sandro Macciachini (Org.), *Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Festschrift für Reto M. Hilty* (Zurique/Basel/Genebra: Schulthess, 2008).

<sup>31</sup> Sobre este propósito de proteção dos direitos autorais veja Geiger, *Droit d’auteur*, nota 14 *supra*, pág. 20; Dusollier, *Droit d’auteur*, nota 4 *supra*, pág. 216.

<sup>32</sup> Veja sobre este assunto Llewellyn Gibbons, *Valuing Fair Use*, Trabalho apresentado na Conferência sobre Inovação e Direito de Comunicação, Universidade de Turku, Finlândia, 17 de Julho de 2008.

<sup>33</sup> Veja nesse sentido Llewellyn Gibbons and Xiao Li Wang, *Striking the Rights Balance among Private Incentives and Public Fair Uses in the United States and China*, supracitada nota 3, p. 494, referindo-se aos achados de um estudo comissionado pela Associação Industrial de Computação e Comunicações (CCIA): Thomas Rogers & Andrew Szamoszegi, *Fair Use in the US Economy: Economic Contribution of Industries relying on Fair Use*, Washington DC, Associação Industrial de Computação e Comunicações, 2007. Utilizando a metodologia de pesquisa estabelecida no guia WIPO de 2003 para determinar a contribuição econômica das indústrias relacionadas com o direito de autor, “o estudo concluiu que as indústrias que lançam mão de forma intensiva de «uso justo [fair use]» foram responsáveis por 4,5 trilhões de dólares de receita, 18% do crescimento econômico dos EUA, e aproximadamente um em cada oito postos de trabalho americanos localiza-se em indústrias que se beneficiam de justas limitações de uso. As indústrias dependentes do uso justo [fair use] cresceram em passo mais acelerado do que a economia em geral, foram mais produtivas e responsáveis por uma estimativa de 194 bilhões de dólares em exportações em 2006”. De acordo com este estudo o significado econômico das indústrias que se baseiam no uso justo seria substancialmente maior do que o das indústrias baseadas em direitos autorais. Uma versão atualizada da pesquisa foi publicada em 2010, aumentando a porcentagem do uso justo de indústrias para 23% do real crescimento econômico dos EUA.

### *B. Limitações como mecanismos de proteção dos interesses dos criadores*

Por outro lado, a promoção da criatividade não é o único objetivo perseguido pela lei de direitos autorais. Ao menos nos países da Europa continental a proteção do criador consubstancia outra base essencial ao sistema. Por exemplo, certamente não é por acidente que a lei alemã de direitos autorais é chamada “Urheberrechtsgesetz”, o que significa “lei de direitos do autor”. Mesmo que outros interesses sejam levados em consideração e que se persiga um justo equilíbrio entre diferentes interesses<sup>34</sup>, a lei alemã expressa um compromisso com fato de que ao criador da obra deve ser garantido um papel especial no sistema<sup>35</sup>. Isto explica algumas particularidades jurídicas dos chamados países “de direito de autor”, tais como a garantia de direitos ao criador (o que é contrário à doutrina do “trabalho contratado”), os direitos morais do autor ou a proteção contratual do autor por via do direito contratual de autor. O colocar o autor no centro do sistema não gera conflitos, como geralmente é afirmado quando se lança mão da abordagem utilitarista acima mencionada. Ao contrário, ambas as abordagens complementam-se bem: se uma pretende alcançar a promoção ideal da criatividade, então é absolutamente consistente atribuir à pessoa que executa o valor social acrescentado, i.e. o criador<sup>36</sup>, um papel especial.

Se por um lado tem-se em conta os interesses do autor de participação adequada em relação aos frutos de seu trabalho, não se deve perder de vista que limitações aos direitos autorais não significam que as obras poderão sempre ser utilizadas gratuitamente e que, neste sentido, o legislador poderá garantir um direito que determine, em relação a todos os usos legitimados pelas limitações aos direitos autorais, uma remuneração apropriada. Isto resta esclarecido de forma inequívoca no ponto 36 das Considerações que antecedem as disposições da Diretiva 2001/29/CE

---

<sup>34</sup> Veja Reto M. Hilty & Christophe Geiger, Org., *The Balance of interest in Copyright law*, supracitada nota 3. Criticando o conceito de equilíbrio, veja Abraham Drassinower, *From Distribution to Dialogue: Remarks on the Concept of Balance in Copyright law* (trabalho apresentado no contexto das séries de palestras “(Re)thinking Intellectual Property”, Estrasburgo, 14 de Maio de 2009) [publicado em: *Journal of Corporation Law* 2009, Vol. 34, No. 4, 991], afirmando que “o conceito de equilíbrio não pode suportar o peso que a jurisprudência de direitos autorais espera que ele suporte” e que o direito autoral deve ser pensado “menos como um ‘equilíbrio’ entre autores e usuários, e mais como um ‘diálogo’ entre autores e usuários”.

<sup>35</sup> Para um detalhado panorama acerca dos diferentes interesses na lei de direitos autorais alemã, veja Reto M. Hilty, *Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: ‘Wer will was von wem woraus?’ – Ein Auftakt zum ‘zweiten Korb’* [2003] ZUM 983 p.

<sup>36</sup> Veja Christophe Geiger, *Intérêt général, droit d’accès à l’information et droit de propriété, La propriété intellectuelle analysée à la lumière des droits fondamentaux*, em Mireille Buydens & Séverine Dusollier, (Org.), *L’intérêt général et l’accès à l’information en propriété intellectuelle* (Bruxelas: Bruylant, 2008) p. 177.

relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, quando determina que os Estados-Membros “poderão prever uma compensação equitativa para os titulares dos direitos, mesmo quando apliquem as disposições facultativas relativas a exceções ou limitações, que não requeiram tal compensação”. Na lei alemã, por exemplo, há previsão de remuneração em relação a maioria das disposições que envolvem limitações (sobretudo nos países de *commom law* esta remuneração é geralmente chamada de maneira bastante imprópria de “taxa” sobre os direitos autorais). Essas remunerações, cujos resultados são repartidos entre autores e investidores, na maioria das vezes em adequação a uma tendência mais pró-autor, são - como foi destacado recentemente - geralmente muito mais interessantes para os autores do que o pagamento de royalties a serem recebidos das partes contratantes<sup>37</sup>. Além disso, e em contraste aos direitos exclusivos, normalmente passíveis de transferência, esses direitos de remuneração baseados em limitações são, por vezes, considerados como *inalienáveis*<sup>38</sup>. Além da proteção fornecida pelas disposições relativas aos contratos de direito de autor<sup>39</sup> as limitações podem ser consideradas como instrumentos adicionais adequados para se atingir um equilíbrio razoável de interesses entre autores e investidores. Tendo em conta que diversas legislações nacionais não contêm disposições contratuais específicas, e que a eficácia de tais normas nos países que as possuem não são ainda totalmente satisfatórias, o sistema de remuneração baseado nas limitações parece ser uma opção interessante e viável.

---

<sup>37</sup> Veja Reto M. Hilty, *Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht* em Ohly, *Perspektiven*, supracitada nota 11 à pág. 325. Sobre a cópia privada veja também Adolf Dietz, *Continuation of the Levy System for Private Copying also in the Digital Era in Germany* [2003] A&M 348; Christophe Geiger, *The Answer to the Machine should not be the Machine: Safeguarding the Private Copy Exception in the Digital Environment* [2008] E.I.P.R. 121; Séverine Dusollier & Caroline Ker, *Private copy levies and technical protection of copyright: the uneasy accommodation of two conflicting logics* em Derclaye, supracitada nota 27 à pág. 352 [Dusollier & Ker, “Private copy”], afirmando que “sob uma perspectiva econômica, o estabelecimento de um sistema de arrecadação permitiu a criação de renda para autores e outros titulares de direitos autorais para tais cópias privadas, enquanto o direito de reprodução revelou-se totalmente infrutífero. A remuneração de cópias privadas agora são uma parte significativa da renda de alguns autores e, particularmente, de intérpretes, ao passo que essa remuneração deveria somente ser adicional às suas rendas provenientes de fontes primárias”.

<sup>38</sup> Veja p. ex. o art. 63a da Lei de Direitos Autorais alemã (Urheberrechtsgesetz). As reclamações relativas à remuneração baseada nas limitações somente podem ser transferidas com antecedência para a coletividade. Veja também o art. 5. 2 da E.C., *Comissão Diretiva 2006/115/EC de 12 de Dezembro de 2006 sobre direito de aluguel e empréstimo, e sobre determinados direitos relativos a direitos autorais no campo da propriedade intelectual*, [2006] O.J. L 376/28: “O direito de obter uma remuneração equitativa pelo aluguel não pode ser renunciado pelos autores ou intérpretes.

<sup>39</sup> Veja sobre este tópico Adolf Dietz, *Les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne*, Geiger, Bouyssi-Ruch & Hilty, *Perspectives d'harmonisation*, supracitada nota 8 à pág. 465.

a. “Taxas” de direitos de autor: “remuneração” ou “compensação” para o autor?

À luz do que já foi argumentado anteriormente no âmbito deste artigo, pode-se considerar restar pouco claro e inapropriado o reporte, no âmbito da legislação europeia, às “compensações” quando em conexão com as limitações aos direitos de autor e com o direito de justa remuneração garantido aos criadores em relação a utilizações permitidas de suas obras. Nesse sentido assim vem referido no ponto 35 das Considerações que antecedem as disposições da Diretiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação: “em certos casos de exceção ou limitação, os titulares dos direitos devem receber uma compensação equitativa que os compense de modo adequado da utilização feita das suas obras ou outra matéria protegida”. A redação francesa é similar: *“Dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l’utilisation faites de leurs œuvres ou autres objets protégés”*.

Os termos “compensação” ou “indenização” parecem implicar em algum tipo de dano que pede reparação. Contudo, tendo em consideração a discussão acima apresentada, os termos adotados parecem incorretos. Deve-se falar em “remuneração”, ao invés de “compensação”<sup>40</sup>. Por isso haveria remuneração mediante licenças e remuneração através das limitações aos direitos de autor. Sob uma perspectiva terminológica é preferível utilizar o termo “direito de remuneração baseado em limitações” do que o mais estabelecido e enganoso termo “taxas”. O mesmo pode ser dito sobre o termo - economicamente orientado - “regra da responsabilidade”, frequentemente empregado para descrever situações legais em que, ao invés de uma possibilidade de proibição [um direito negativo], o titular de direitos apenas recebe uma recompensa financeira pelo uso de seus trabalhos, uma vez que a noção de responsabilidade sugere um prejuízo que necessita ser

---

<sup>40</sup> Veja de forma evidente neste sentido a opinião da Advocacia Geral da Corte de Justiça da União Europeia, V. Trstenjak, apresentada em 11 de Maio de 2010 em referência ao caso C-467/08, *Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) v PADAWAN S.L.*: “O direito a uma ‘compensação equitativa’ nos termos do artigo 5.º, n.º 2, alínea b) Directiva 2001/29/CE tem, primeiramente, o caráter de uma remuneração, tal como observa com justeza o Governo alemão (ênfase dada). Tal resulta da primeira frase do décimo considerando, segundo a qual os autores e os intérpretes ou executantes devem receber uma ‘remuneração adequada’ pela utilização do seu trabalho, para poderem prosseguir o seu trabalho criativo e artístico. O trigésimo quinto considerando deixa claro que a ‘compensação equitativa’ também deve ser classificada nesta categoria de remunerações, quando se refere que em certos casos de exceção ou limitação os titulares de direitos devem receber uma compensação equitativa que os compense de modo adequado da utilização feita das suas obras ou outra matéria protegida. Pelo contrário, não é possível confirmar claramente a natureza jurídica como mera exigência de indemnização, algo que o órgão jurisdicional de reenvio manifestamente assume relativamente à instituição da ‘compensação equitativa’ (considerandos 79 e 80 da opinião).”

compensado<sup>41</sup>. O termo “licença estatutária”, geralmente utilizado para limitações acopladas ao direito de receber justa remuneração, parece mais adequado para expressar o conceito de remuneração pela utilização de um trabalho protegido<sup>42</sup>. Surpreendentemente, a redação na versão alemã do mesmo ponto 35 é evidentemente mais neutro: “Em certos casos de exceções ou restrições os titulares de direitos devem receber uma justa compensação a fim de receberem uma apropriada remuneração (“Vergütung”) pelo uso de seus trabalhos protegidos ou outros objetos de proteção”<sup>43</sup>. Do mesmo modo na Diretiva relativa ao direito de aluguel e empréstimo o legislador europeu afirmou explicitamente que autores e artistas desfrutam de um direito não renunciável “de obter uma remuneração equitativa” pelo aluguel do seu trabalho<sup>44</sup>. Interpretando este conceito a Corte Europeia de Justiça determinou que o direito a uma remuneração equitativa deve ser compreendido “de modo a permitir atingir um equilíbrio adequado entre o interesse dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas em receber uma remuneração pela radiodifusão de um fonograma determinado e o interesse de terceiros em poder radiodifundir esse fonograma em condições razoáveis”.<sup>45</sup> (grifo nosso)

---

<sup>41</sup> Veja Annette Kur, Marianne Levin & Jens Schovsbo, supracitada nota 23, definindo as normas de responsabilidade como “uma estrutura legal que permite a terceiros realizar determinadas ações sem prévia permissão, permitindo que eles compensem a pessoa prejudicada pela lesão” (ênfase dada). Veja também mais genericamente sobre o tema o artigo de Guido Calabrese e A. Douglas Melamed, *Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harvard Law Review 1089 (1972), lembrando que o paradigma da responsabilidade foi primeiramente desenvolvido no contexto da responsabilidade civil.

<sup>42</sup> Embora o termo “licença estatutária” não seja completamente oportuno, posto pressupor haver um direito exclusivo e que a lei apenas previu uma permissão de utilização. Como já mencionado acima, as limitações ao direito autoral devem ser compreendidas como limites aos direitos exclusivos do autor, para além dos quais ele não deve ter mais nenhum controle do seu trabalho. Assim parece que teria sido melhor falar em limitações que ensejam remunerações (“ou demandas de remuneração baseados em limitações”) e limitações que não ensejam remuneração.

<sup>43</sup> A versão alemã do considerando 35 é “*In bestimmten Fällen von Ausnahmen oder Beschränkungen sollen Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten, damit ihnen die Nutzung ihrer geschützten Werke oder sonstiger Schutzgegenstände angemessen vergütet wird*”.

<sup>44</sup> Veja por exemplo o art. 5.2 da Diretiva 2006/115/EC, supracitada nota 38.

<sup>45</sup> *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) v. Nederlandse Omroep Stichting (NOS)*, C-245/00, [2003] E.C.R. I-1251 no § 36. De acordo com Dusollier & Ker, “Private copy”, na supracitada nota 37, à pág. 354, “aquela jurisprudência parece considerar que a natureza do direito de remuneração garantido pela Diretiva sobre direito de aluguel, empréstimo e direitos relativos a direitos autorais no campo da propriedade intelectual não é, por si, compensatória, mas antes que ela constitui uma remuneração direta pelos atos de utilização de fonogramas”, apesar dos autores discordarem deste entendimento, afirmando que o sistema de taxas “não deve ser interpretado como capaz, por si só, de garantir uma contrapartida econômica em relação àqueles atos ou cópias” (p. 355). De acordo com P. Bernt Hugenholtz, Lucie Guibault & Sjoerd van Geffen, *The Future of Levies in a Digital Environment* (Relatório Final, Instituto de Direito da Informação, Amsterdã, 2003) [Hugenholtz, Guibault & van Geffen, “Future of Levies”] Sumário Executivo iii, deve-se distinguir a noção de “justa compensação” na Diretiva de Direitos Autorais de 2001 da noção de “remuneração equitativa” encontrada na Diretiva sobre direito de aluguel, posto esta segunda poder ser



A questão que se se coloca [é verificar] se a esses diferentes termos também correspondem a diferentes concepções das limitações aos direitos de autor, e como lidar com as reivindicações de remuneração envolvidas. Deve-se notar que também na França a legislação de direitos autorais, no que toca o contexto das cópias privadas, faz referência ao “direito de receber uma remuneração pela reprodução da obra” (Artigo L. 311-1 do Código de Propriedade Intelectual Francês), evitando o enganoso termo de “compensação”. No fim das contas provavelmente não é realmente decisivo se o dispositivo parte de uma “compensação” ou de uma “remuneração” – o aspecto decisivo em ambos os casos é a possibilidade do autor participar dos frutos do seu trabalho. Nesse sentido importante apenas será a *efetividade* da participação.

O que significa para o autor um direito de exclusividade muito extenso e desenvolvido, se no fim das contas, ele dificilmente será beneficiado com uma participação remunerativa?<sup>46</sup> Se a participação do autor é mais bem alcançada através das limitações, então a opção da remuneração baseada nas limitações deve ser preferível àquela resultante do direito de exclusividade<sup>47</sup>. Existem,

---

devida em situações nas quais os titulares de direitos não sofrem dano algum. Tal distinção pode, com certeza, ser arguida, mas não obviamente à luz do que foi previamente afirmando.

<sup>46</sup> Nesse contexto é útil fazer referência a um estudo muito interessante, no qual foi examinada empiricamente a quantidade de royalties que autores e roteiristas normalmente recebem pela exploração dos seus direitos autorais na Alemanha e Grã-Bretanha (veja Martin Kretschmer & Philip Hardwick, *Authors' earnings from copyright and non-copyright sources: A survey of 25.000 British and German writers* (Center for Intellectual Property Policy & Management, Universidade Bournemouth, Dezembro de 2007). Os autores do estudo chegaram à seguinte conclusão: “Esse estudo demonstra empiricamente e de forma bastante conclusiva que o direito de autor atual falhou no alcançar o objetivo de produzir as fontes necessárias e salvaguardar a independência e dignidade dos criadores e intérpretes (Ponto 11 da Diretiva 1001/29/EC). Os prêmios de escritores best-sellers são, de fato, altos, mas escrever romances como profissão permanece decididamente caracterizada como não próspera. Escrever representa para menos da metade dos 25.000 autores pesquisados na Alemanha e Inglaterra a fonte principal de renda. Os rendimentos típicos dos autores profissionais são menores do que a metade do salário médio nacional na Alemanha, e um terço mais baixo do que o salário médio nacional na Inglaterra. 60% dos escritores profissionais mantêm um segundo emprego de algum tipo. No que toca o setor musical veja o estudo de P. C. DiCola, *Money from Music: Survey Evidence on Musicians' Revenue and Lessons About Copyright Incentives*, Northwestern Law & Econ Research Paper No. 13-01 (future revisão legislativa do Arizona em 2013): “Compositores e músicos nas faixas de renda mais altas dependem fortemente da renda que provém diretamente da proteção dos direitos de autor. Mas não a vasta maioria dos outros músicos (...). Para muitos músicos o direito autoral não é capaz de fornecer uma recompensa financeira direta pelo que eles estão produzindo atualmente. Os resultados da pesquisa são consistentes com o mote ‘o vencedor leva tudo’ ou o modelo de *superstar*, onde o direito autoral motiva os músicos através da promessa de grandes recompensas no futuro, se ocorrer o raro evento de alcance de grande popularidade.

<sup>47</sup> Veja Annette Kur, Marianne Levin & Jens Schovsbo, nota 25 *supra*, afirmando que: “a fim de estabelecer o sistema que melhor se adapta ao desafio, cada regulador deve checar os prós e contras, tendo em vista a tarefa específica que deve ser solucionada”, evitando quaisquer generalizações. Eles destacam corretamente que a assunção de que um sistema baseado em responsabilização leva a uma “crônica sub-remuneração” parece quase impossível de ser verificada, uma vez que “raramente é encontrada evidência empírica e onde existe é geralmente inconclusiva”. Assim, de acordo com tais autores, “pode ser preferível um sistema de responsabilização robusto e confiável, rendendo justos retornos também no que toca a perspectiva de

atualmente, muitas situações frente às quais as entidades de gestão coletiva - e não os autores individualmente - administram o direito exclusivo. Isto se aplica especialmente ao caso de utilizações em massa de trabalhos protegidos pelo direito de autor, onde a exploração individual seria praticamente impossível. As mesmas entidades coletivas também são responsáveis por coletar a remuneração resultante de utilizações limitadas de obras. Especialmente em países como a Alemanha, onde as entidades coletivas estão sujeitas à obrigação de contratar com os usuários<sup>48</sup>, não há praticamente diferença entre a arrecadação de remuneração baseada no direito de exclusividade e a reivindicação de remuneração baseada em limitações. Assim sendo a distinção entre o direito de exclusividade e suas limitações perde, portanto e em muitos casos, a sua relevância prática.

b. Jurisprudência favorecendo uma abordagem da remuneração como baseada nas limitações.

Em sua altamente considerada decisão datada de 11 de julho de 2002<sup>49</sup>, a Suprema Corte Federal Alemã reconheceu o potencial das “remunerações baseadas em limitações” para uma efetiva proteção ao criador, enquanto interpretou extensivamente as limitações relativas às notícias de imprensa já publicadas, dispostas no artigo 49 da Lei Alemã de Direitos Autorais, de forma a abarcar as coleções de notícias eletrônicas [clippings] elaboradas por empresas para uso interno, argumentando que uma parte considerável do pagamento recebido iria fluir aos próprios autores e que, assim, uma interpretação restritiva da limitação não iria, portanto, melhorar a posição do autor.

Essa argumentação foi recepcionada e expandida recentemente pela Suprema Corte Suíça. Em uma decisão muito interessante e inovadora, datada de 26 de junho de 2007<sup>50</sup>, a Suprema Corte

---

investimento, a um regime fraco e inseguro de regras de propriedade”. Veja também K. Koelman, que conclui que “ambos, seja um esquema de taxas ou, ainda, um sistema baseado em exclusividades, sejam elas estatutárias ou tecnológicas, podem produzir custos e benefícios sociais. Argumentos econômicos podem ser invocados a favor ou contra ambas as abordagens. Neste ponto não se pode determinar qual abordagem é a mais desejável do ponto de vista econômico”. (The Levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM, F.W. Grosheide & J.J. Brinkhof, *Intellectual Property Law 2004*, Antwerpen/ Oxford, Intersentia, 2005, 437).

<sup>48</sup> Seção 11 da Lei alemã sobre gestão coletiva dos direitos autorais (*Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*).

<sup>49</sup> Suprema Corte Federal (*Bundesgerichtshof*), 11 de Julho de 2002, “Elektronische Pressespiegel”, [2003] JZ 473, comentada por T. Dreier.

<sup>50</sup> Acórdão da Corte Suprema Suíça, 1ª Divisão Civil, 26 de Junho de 2007, (2008) 39 IIC 990. Um comentário sobre o acórdão em Christophe Geiger, *Rethinking Copyright Limitations in the Information Society: The Swiss Supreme Court Leads the Way* (2008) 39 IIC 943.

Suíça sustentou que a atividade de companhias que preparam e entregam serviços de imprensa eletrônica comercialmente (chamados “serviços de recorte de imprensa e entrega de documentação” ou “serviços de informação com valor agregado”) está coberta pela limitação de uso pessoal, nos termos do artigo 19 da Lei Suíça de Direitos Autorais, que permite a reprodução de obras por terceiros. Examinando se esta interpretação extensiva da limitação violaria a chamada “Regra dos Três Passos” da Convenção de Berna, a Corte sustentou:

Não é possível assumir que o interesse do titular de direitos é restrito de uma forma não razoável, se ele reivindica remuneração ao invés do direito de proibir a utilização, porque ambos os interesses, dos jornalistas e editores, devem ser considerados. Com referência aos clippings de imprensa, de fato um direito de exclusividade serviria perfeitamente aos interesses do editor, normalmente o titular dos direitos dos jornalistas, porque desta forma caberia a ele decidir livremente se quer evitar a reprodução das obras ou dar sua aprovação mediante pagamento de uma remuneração correspondente. Contudo o jornalista, como autor individual do artigo, não tem interesse em tal direito exclusivo. Por um lado ele está interessado em ter seus artigos à disposição para leitura de muitos leitores. Por outro lado ele apenas ganha dinheiro em relação às reproduções feitas para recortes de jornal e serviços de documentação se a ele for garantido um direito à remuneração.

Seguindo o raciocínio é possível afirmar que, quando acopladas a obrigação de pagamento de uma remuneração apropriada, um crescente número de limitações pode servir aos interesses do autor. Se realmente se deseja garantir proteção efetiva aos direitos do autor, então não se deve desconsiderar esse aspecto no que toca sua conexão com a interpretação do sistema de limitações existente, bem como no que toca as suas adaptações no futuro<sup>51</sup>.

Em todos os casos as limitações aos direitos de autor não protegem somente o interesse de remuneração do autor que já criou a obra, mas também os interesses do autor durante o processo de criação. Não se deve esquecer que nesse estágio os próprios autores são os maiores beneficiários das limitações aos direitos de autor. Como os autores poderiam lidar criticamente com as obras

---

<sup>51</sup> Katerina Gaita & Andrew F. Christie, *Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying* [2004] I.P.Q. 426. Veja também Hilty, “Sündenbock”, nota 8 *supra*.

existentes se não tivessem o direito de citar? Como os professores de universidades e cientistas trabalhariam sem a possibilidade de copiar artigos a fim de preparar suas próprias contribuições?<sup>52</sup> Os espaços livres deixados pelo direito garantem a livre criação de obras. Entretanto e no que toca o argumento oferecido, o sistema existente ainda demonstra fraqueza, pois não considera suficientemente o fato de que durante o processo criativo os autores utilizam - e tendo em conta a evolução contínua das capacidades tecnológicas de reprodução de obras [também] incrementam - os elementos de trabalhos existentes protegidos pelo direito de autor, criando novos trabalhos.<sup>53</sup> As técnicas de sampling na música e usos de apropriação nas artes visuais são exemplos populares, dentre vários outros.

Assim, uma limitação mais ampla em benefício dos usos criativos, que ocorreria com a conversão do direito de proibir em um direito a receber remuneração deveria ser seriamente considerada<sup>54</sup>. Desse modo o direito exclusivo seria consideravelmente reduzido, porque se tornaria um direito de exclusividade de proibir somente o aproveitamento *telle quelle* do trabalho, isto é, a pura cópia do trabalho. Expressando o pensamento em termos econômicos, o autor poderia, portanto, somente controlar o mercado primário da obra, mas não os mercados derivados (isto é os mercados secundários). Tal solução requereria uma reconsideração absolutamente nova do princípio da exclusividade. O princípio da exclusividade é, afinal de contas, somente um dos meios no alcançar de um determinado fim. Se este fim é mais bem atingido através de um sistema expandido de limitações, então considerações no sentido aqui sugerido não deveriam ser rejeitadas apenas porque não correspondem à tradição histórica na lei de direitos autorais<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Veja Reto M. Hilty, *Five Lessons About Copyright in the Information Society: Reaction of the Scientific Community to Over-Protection and What Policy Makers Should Learn* (2006) 53 J. Copyright Soc’y U.S.A. p. 103, e do mesmo autor *Copyright Law and Scientific Research* em Paul Torremans, (Org.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research* (Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2007) 315 [Torremans, *Handbook*]; Geiger, “Exceptions”, nota 8 *supra*, pág. 349.

<sup>53</sup> Veja Brian Fitzgerald, *Copyright 2010: The Future of Copyright* [2008] E.I.P.R. 43 a 46: “Há uma crescente necessidade de articular de forma sensível o direito de exercer a reutilização transformativa de material protegido pelo direito autoral em leis internacionais e nacionais”.

<sup>54</sup> Veja Christophe Geiger, *Copyright and the Freedom to Create, A Fragile Balance* (2007) 36 IIC 707, do mesmo autor: *Les limites au droit d’auteur en faveur de la création dérivée* em ALLADA, (Org.), *Copyright and Freedom of Expression, ALAI Study Days 2006* (Barcelona: Aladda, 2008) 350.

<sup>55</sup> Annette Kur, Marianne Levin & Jens Schovsbo, nota 23 *supra*, afirmando que “a escolha entre o sistema tradicional baseado na exclusividade e o sistema alternativo baseado nas regras de responsabilidade deve ser fundada na comparação, em ambos modelos, entre os benefícios sociais e os custos envolvidos”; Reto M. Hilty, *Renaissance der Zwangslizenz im Urheberrecht?*, 2009 GRUR 633; M. Vivant, *Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, À la recherche d’un nouveau paradigme*, Université de tous les savoirs, Vol. 5 : *Qu’est ce que les technologies ?* (Paris, Odile Jacob, 2001) 210; Christophe Geiger, *Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung – Freie Gedanken zur*

II. Implementando a abordagem de direito de autor “pró limitações”: quais são os limites do espaço de manobra que cabe aos legisladores e juízes?

Obviamente os legisladores e juízes somente poderão seguir tal abordagem “pró limitações” se ela for compatível com as previsões legais hierarquicamente superiores. Isso levanta uma questão crucial relacionada ao espaço disponível para manobras, tendo em conta os requerimentos impostos pelas leis internacionais, europeias e constitucionais. Este é um ponto muito complexo e que certamente requer explicações abrangentes. Portanto, e considerando os limites deste artigo, somente poderão ser expostas algumas poucas ideias, sendo que elas, certamente, poderão ser complementadas por meio de uma análise mais detalhada. No que segue procurarei demonstrar que o sistema legal existente não é tão restrito quanto frequentemente parece o ser<sup>56</sup> e que, no que toca as limitações, inúmeras opções estão disponíveis.

#### A. Imperativos constitucionais

Iniciando com a lei constitucional, a legislação autoral vem rara e expressamente mencionada em constituições ou instrumentos legais similares. Uma exceção proeminente está contida no Art. 27, parágrafo 2 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que dispõe que “toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor”. Idêntica linguagem foi adotada no Art. 15, parágrafo 1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (o chamado “Pacto Civil”). É evidente que, enquanto a proteção aos interesses morais e materiais

---

*Ausschließlichkeit im Urheberrecht* 2008 GRUR Int. 459. Cético frente tal abordagem, Hugenholtz, Guibault & van Geffen, *Future of Levies*, nota 42 *supra*, Sumário Executivo iii, quando afirma que a expansão do sistema de taxas “iria eventualmente minar o sistema de direitos autorais como um todo”. Colocando o sistema de direito de autor praticamente no ar os direitos exclusivos iriam efetivamente deixar de existir. Os titulares de direitos iriam tornar-se totalmente dependentes dos direitos de remuneração coletados pela sociedades de gestão coletiva. Veja também P. B. Hugenholtz, *The Future of Copyright Levies in the Digital Environment*, em: *Creators’ Rights in the Information Society, ALAI Budapest 2003*, Budapest, KJK-Kerszöv Legal and Publishers Ltd, 2004, p. 297.

<sup>56</sup> Sobre as flexibilidades deixadas pelo sistema, veja P. Bernt Hugenholtz & Ruth L. Okediji, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright, Final Report*, Março de 2008, p. 11, online: IVIR <http://www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/finalreport2008.pdf>) [Hugenholtz & Okediji, “Conceiving”]; Kur, “Oceans”, nota 13 *supra*; Christophe Geiger, *Flexibilising Copyright – Remedies to the Privatisation of Information by Copyright Law* (2008) 39 IIC 196 p. [Geiger, “Flexibilising Copyright”]. Veja também Peukert, *Ein möglichst*, nota 30 *supra*, p. 45, que criticamente desafia a visão rigorosa dos direitos de propriedade intelectual, especialmente na lei de direitos autorais, adotando um ponto de vista legal (primariamente relacionado às leis internacionais, constitucionais e direito comparado) e econômico.

relevantes é afirmada, a *forma* através da qual esta proteção deverá ser atingida *não* o é. Não há menção em qualquer desses documentos a direitos exclusivos ou mesmo de propriedade. Assim, as limitações aos direitos de autor, voltadas a garantir a proteção dos interesses materiais dos autores - quando associadas a uma remuneração apropriada - são compatíveis com essas previsões.

#### a . Direito de autor como propriedade

Tal abordagem parece problemática em países nos quais os direitos autorais são subsumidos, na ausência de proteção constitucional autônoma específica<sup>57</sup>, sob a proteção da propriedade<sup>58</sup>. Este é o caso da maioria dos países europeus e também parece ser o caso nos Estados Unidos<sup>59</sup>, embora isto não pareça ser um problema para as cortes norte-americanas. A nível europeu os direitos autorais gozam de proteção nos termos do Art. 1 do Primeiro Protocolo Adicional da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>60</sup> (propriedade).

---

<sup>57</sup> Alguns países da Europa mencionam a nível constitucional os direitos autorais (veja p. ex. o art. 42(2) da Constituição Portuguesa; Capítulo 2, Seção 19 da Constituição Sueca; Art. 43(1) da Constituição Eslovaca; Art. 60 da Constituição Eslovena; Art. 34 da Carta Tcheca sobre Direitos Fundamentais; Art. 44(1) da Constituição Russa).

<sup>58</sup> Veja Christophe Geiger, ‘*Constitutionalising Intellectual Property Law?*, *The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in Europe* (2006) 37 IIC 381; Frank Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1999).

<sup>59</sup> Veja, por exemplo, Corte de Apelações dos Estados Unidos do 5º Circuito, *Chavez v. Arte Publico Press*, 204 F.3d 601, 605, nota 6 (5th Cir., 18 de Fevereiro de 2000, revisada em 10 de Março de 2000): “A Suprema Corte da Flórida afirmou que nos termos da cláusula do devido processo patentes são consideradas propriedade. Veja *Florida Prepaid*, 119 S.Ct. at 2208. Considerando que patente e direito autoral possuem natureza similar, e patente é uma forma de propriedade (...) *direitos autorais parecem também o ser* (ênfase dada).” Veja sobre este assunto Michel A. Carrier, *Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm*, (2004) 54 Duke L.J. 1.

<sup>60</sup> Sobre o direito de marcas registradas veja p. ex. *Anheuser Busch Inc. v. Portugal*, no. 73049/01 (11 de Outubro de 2005) da Corte Europeia de Direitos Humanos, confirmada pela Grande Câmara da ECHR, (2008) 39 IIC 739; (2007) 2(4) *Jornal de Lei e Prática de Propriedade Intelectual* 197, comentada por B. Goebel. Sobre este caso vide o interessante comentário de Klaus D. Beiter, *The Right to Property and the Protection of Interests in Intellectual Property- A Human Rights Perspective on the European Court of Human Rights’ Decision in Anheuser-Busch v. Portugal* (2008) 39 IIC 714. Sobre lei de direito de autor veja *Balan v. Moldova*, no. 19247/03, para. 34 (29 de Janeiro de 2008) E.C.H.R., 4ª Seção. Sobre lei de patentes veja a decisão da antiga Comissão de Direitos Humanos Europeia *Smith Kline and French Laboratories Ltd. v. The Netherlands* (1990), 66 D.R. 70. Sobre nomes de domínios veja *Paeffgen GMBH c/ Allemagne*, no. 25379/04, no. 21722/05 & no. 21770/05 (18 de Setembro de 2007) E.C.H.R., 5ª Seção. Para uma análise detalhada sobre a jurisprudência de propriedade intelectual da Corte Europeia de Direitos Humanos veja Laurence R. Helfer, *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, (2008) 49 *Harv. Int’ L.J.* 1, reimpressa em versão modificada em Paul Torremans, (Org.), *Intellectual Property and Human Rights* (Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands: Kluwer Law International, 2008) 25 [Torremans, *Intellectual Property*].

O Art. 17, parágrafo 2 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 até mesmo menciona seguinte e sucinta cláusula, “propriedade intelectual deve ser protegida”, sem explicar qual seria o escopo de proteção garantida. Devido a este texto atípico o exato escopo da previsão não resta evidente<sup>61</sup>. Infelizmente os documentos preparatórios não fornecem nenhuma clarificação a este respeito. O risco desta previsão vir a tornar-se centro de futuros debates sobre propriedade intelectual ganha significância de problema. Por exemplo, o Tratado de Lisboa, de 13 de Dezembro de 2007<sup>62</sup>, dá força vinculativa ao capítulo dos Direitos Fundamentais da União Europeia e integra este texto à legislação primária da União Europeia. Por isso não há dúvidas que a Corte de Justiça da União Europeia justificará futuras decisões em referência direta à previsão contida neste capítulo. E mesmo antes do Tratado de Lisboa entrar em vigor, a Corte de Justiça Europeia já vinham focando diretamente o capítulo dos Direitos Fundamentais quando testava a validade da legislação secundária da Comunidade<sup>63</sup>. De acordo com a Corte, mesmo que o capítulo não seja ainda um instrumento legal vinculante, [ele] reafirma os princípios gerais das leis da União Europeia resultante da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das previsões constitucionais comuns aos estados membros. Sem dúvida alguma estes princípios são vinculantes no que toca as legislações europeias<sup>64</sup>. Ainda, a Comissão Europeia refere-se cada vez mais diretamente ao Artigo 17 (2) da Carta [mencionada] quando trata de justificar suas ações, notadamente quando trata de expandir ou fortalecer a proteção à propriedade intelectual existente<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Uma visão crítica em relação a esta cláusula em Christophe Geiger, *Intellectual Property shall be protected!?* Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope [2009] E.I.P.R. 113; Josef Drexler, “Constitutional Protection of Authors’ Moral Rights in the European Union – Between Privacy, Property and the Regulation of the Economy” em Katja S. Ziegler, (Org.), *Human Rights and Private Law, Privacy as Autonomy* (Oxford & Portland, OR, Hart Publishing, 2007) p. 159; Christophe Geiger, *Copyright’s Fundamental Rights Dimension at EU Level* em Derclaye, nota 29 *supra*, p. 27.

<sup>62</sup> *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*, assinado em Lisboa, em 13 de Dezembro de 2007, O.J. E.U. 17 de Dezembro de 2007, 2007/C 306/01.

<sup>63</sup> Veja p. ex. *Parliament v. Council*, C-540/03, [2006] E.C.R. I-05769, parágrafo 38; *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, [2007] E.C.R. I-03633 at paras. 45 & 46.

<sup>64</sup> Veja também *Unibet*, C-432/05, [2007] E.C.R. I-02271, parágrafo 37, aplicando o princípio da efetiva proteção judicial, que constitui, no entendimento da Corte, um princípio geral do direito europeu, derivado de tradições constitucionais comuns aos Estados Membros, emanando dos Art. 6 e 13 ECHR e *reafirmadas pelo Art. 47 do Capítulo de Direitos Fundamentais da União Europeia* (ênfase dada).

<sup>65</sup> Na verdade, pode-se ler o ponto 32 da Diretiva 2004/48/EC de 29 de Abril de 2004 relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual [2004] O.J. L 157, 30 de Abril de 2004, que “A presente directiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, nomeadamente, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Em especial, a presente directiva visa assegurar o pleno respeito pela propriedade intelectual nos termos do n.º 2 do artigo 17º daquela Carta,”; Veja também o ponto 12 da

Parece que o Artigo 17 (2) do capítulo de certa forma *determina* que a política da Comissão Europeia tende a assegurar “um alto nível de proteção” aos direitos de propriedade intelectual a qualquer custo e a estabelecer um “sistema rigoroso e efetivo”<sup>66</sup> para a instalação de uma concepção “maximalista” de propriedade intelectual na União Europeia. De fato, na opinião da Comissão Europeia, não apenas parece que o dever de assegurar a proteção dos direitos existentes de propriedade intelectual deriva desta provisão, mas que dela também deriva uma obrigação a ser cumprida pelo legislador comunitário, no sentido de expandir tal proteção. É razoável questionar acerca da origem deste entendimento, que parece ditar claramente uma certa abordagem no que diz respeito à propriedade intelectual e, portanto, deixa pouco espaço livre para manobras. Isto é ainda mais surpreendente quando se compara o texto do Artigo 17 (2) da Carta em suas versões em inglês, francês e alemão. É de fato interessante notar que o trecho “intellectual property shall be protected” é traduzido para “la propriété est protégée” ou “Geistiges Eigentum ist geschützt” (que corretamente traduzido significa a “propriedade intelectual é protegida”). Sem dúvida há uma diferença significativa entre [as afirmações] “propriedade intelectual é protegida” e “propriedade intelectual *deve* ser protegida”. Somente a segunda poderá ser compreendida implicando um dever dos estados membros de fortalecerem a proteção.

Apesar disso as consequências desta provisão não devem ser superestimadas. De fato, os documentos preparatórios da Carta parecem evidentemente excluir um conceito “absolutista” de propriedade intelectual, especialmente quando se tem em conta o fato dos redatores terem cuidado de especificar que “as garantias previstas no parágrafo 1 (do artigo 17) devem ser aplicáveis de forma apropriada à propriedade intelectual”<sup>67</sup>. Isto significa que propriedade intelectual - assim

---

proposta de emenda para uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de medidas criminais que visa garantir a execução dos direitos de propriedade intelectual, de 26 de Abril de 2006 COM (2006) 168, final. Para uma abordagem crítica do guarda-chuva semântico da propriedade, levando a uma concepção expansionista de PI, veja Alexander Peukert, *Intellectual property as an end in itself?* e Raquel Xalabarder, *The development of protection objectives. How far have we moved away from the roots?* (Trabalhos apresentados na conferência ATRIP “Can One Size Fit All?”, Munique, 21 de Julho de 2008 [a ser publicado em Kur, *One Size*, nota 9 supra]).

<sup>66</sup> Veja o *Green Paper* da Comissão da Comunidade Europeia de 16 de Julho de 2008, *Copyright in the Knowledge Economy*, Bruxelas, COM (2008) 466 final, no 4: “Um alto nível de proteção é crucial para criação intelectual. ... Um sistema rigoroso e efetivo para a proteção dos direitos autorais e direitos relacionados é necessário para proporcionar aos autores e produtores uma recompensa pelos seus esforços criativos e para encorajar produtores e editores a investir em trabalhos criativos” (comentário crítico em Christophe Geiger *et al.*, *What Limitations to Copyright in the Information Society? A Comment on the European Commissions Green Paper ‘Copyright in the Knowledge Economy’* [2009] 40 IIC 412. Frases similares podem ser encontradas em diversas diretivas.

<sup>67</sup> Nota ao Praesidium, Rascunho do Capítulo sobre Direitos Fundamentais da União Europeia – Texto das explicações relativas ao texto completo do Capítulo, Charte 4473/00, Bruxelas, 11 de Outubro de 2000, p. 20.



como o direito à propriedade física - pode ser limitada a fim de salvaguardar o interesse público. O Artigo 17 (2) poderia, então, ser considerado como nada mais que uma simples clarificação do Artigo 17 (1) e, conseqüentemente, não haveria absolutamente nenhuma justificativa *para expandir* os remédios com base naquele. Ademais, não se deve esquecer que a Carta de Direitos Fundamentais protege uma série de outros direitos fundamentais de igual valor<sup>68</sup>, que devem ser levados em consideração e frente aos quais os direitos de propriedade intelectual devem ser equilibrados<sup>69</sup>. Além disso é importante não perder de vista a proibição de abuso de direitos prevista no Artigo 54 da Carta<sup>70</sup>. Por outro lado, a menção apartada à propriedade intelectual no segundo parágrafo do Artigo 17 pode também ser interpretada como expressão de certa vontade dos redatores da Carta assinalarem a *especificidade* da propriedade intelectual quando em comparação com o direito geral de propriedade, ressaltando que se trata de uma propriedade *de tipo especial*, com uma forte função social, que não deveria, portanto, ser equiparada com o direito à propriedade física<sup>71</sup>. Tendo em vista esta interpretação, a natureza da propriedade intelectual deveria então ser considerada como ainda mais limitada do que o direito à propriedade física.

---

<sup>68</sup> Isto resulta claramente dos princípios gerais de aplicação da Carta enunciados no Artigo 51 e sgs., especialmente do princípio da proporcionalidade (Art. 52 (1)). Por isso, a liberdade de expressão e informação (Art. 11), a liberdade das artes e das ciências (Art. 13), o respeito à vida privada e familiar e a proteção aos dados pessoais (Art. 7º e 8º), a liberdade de escolher a profissão e de iniciativa (Art. 15 e 16), o direito à educação (Art. 14) bem como outros objetivos tais como proteção social (Art. 34), proteção à saúde (Art. 35), proteção ao meio ambiente (Art. 37) e ao consumidor (Art. 38), são todos “valores” que precisam ser levados em consideração pelo legislador da Comunidade, e que podem ser opostos frente a uma abordagem “expansionista” da propriedade intelectual.

<sup>69</sup> Sobre as vantagens da dimensão constitucional da propriedade intelectual veja Christophe Geiger, *The Constitutional Dimension of Intellectual Property* em Torremans, *Intellectual Property*, nota 54 *supra*, 101 [Geiger, “Constitutional Dimension”]. Mais genericamente veja Laurence R. Helfer, *Towards A Human Rights Framework for Intellectual Property* (2007) 40 U.C. Davis L. Rev. 971. Sobre a relação entre propriedade intelectual e direitos humanos, veja Peter K. Yu, *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework* (2007) 40 U.C. Davis L. Rev. 1039 e, do mesmo autor: *Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights* (2007) 23 Ga. St. U. L. Rev. 709, e os artigos de Daniel Gervais, Peter K. Yu, Estelle Derclaye, Henning Grosse Ruse-Khan and Paul Torremans, Torremans, *Intellectual Property*, *supracitada* nota 52, p. 3, 77, 133, 161 e 195; Christophe Geiger, *Fundamental Rights as Common Principles of European (and International) Intellectual Property Law*, in: A. Ohly (Org.), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 223.

<sup>70</sup> Nos termos deste artigo o emprego abusivo de um direito garantido na Carta é proibido, este princípio poderia igualmente ser alegado para impedir uma concepção superdimensionada de propriedade intelectual.

<sup>71</sup> Nesse sentido Christophe Geiger, *Copyright’s Fundamental Rights Dimension at EU Level*, Derclaye, nota 27 *supra*, p. 35. Como já foi ressaltado, até mesmo o direito geral de propriedade é entendido na Carta como um direito vinculado a fortes limitações sociais. Veja nesse sentido Christian Calliess, *The Fundamental Right to Property* em Dirk Ehlers, (Org.), *European Fundamental Rights and Freedoms* (Berlin: De Gruyter, 2007) 448, p. 456, afirmando que a função social “serve como uma justificativa para e limitação às restrições impostas a utilização da propriedade”.

b. Consequências da proteção constitucional à propriedade

A próxima questão importante é se o tratamento dos direitos autorais como propriedade traduz um impedimento a qualquer expansão do sistema de limitações. Neste ponto somente será considerada a perspectiva constitucional, posto o tratamento da propriedade intelectual como propriedade pelo direito privado ter sempre sido problemático, sendo ainda hoje objeto de intensas discussões.<sup>72</sup> Por esta razão tal discussão não será procedida aqui. Em todo o caso parece que do ponto de vista constitucional há um tipo de “zona jurídica problemática”<sup>73</sup>, uma vez que em referência à proteção da propriedade intelectual conclusões bastantes diversas são frequentemente esboçadas. Em particular, e para justificar suas pretensões, os defensores de uma expansão ampla dos direitos exclusivos sempre apontaram na direção do direito natural e, posteriormente, na direção de um direito fundamental de proteção à propriedade intelectual.

A questão relativa ao Direito Natural não poderá ser analisada aqui em detalhes, mas deve-se notar que mesmo entre os defensores do direito de propriedade como um produto do Direito Natural ele *sempre* é considerado como um direito inerentemente restrito pelo interesse público. Assim, em uma análise abrangente das diferentes teorias sobre as fundações da propriedade baseadas no Direito Natural, Jakob Cornides, por exemplo, conclui que “a mais importante conclusão a ser elaborada é no sentido de que a propriedade não é um fim em si mesma. Obviamente ela deve ser empregada de forma a contribuir para a realização de objetivos mais altos da sociedade humana”<sup>74</sup>. Consequentemente, também sob a perspectiva do Direito Natural a propriedade somente foi considerada legítima quando servindo ao interesse público. No que toca o direito constitucional esse pensamento foi incorporado no princípio dos “limites sociais” da propriedade em benefício da sociedade (“Sozialbindung des Eigentums”). Especialmente na Alemanha há jurisprudência detalhada relativa à proteção dos direitos autorais à luz do Artigo 14 da Lei Fundamental alemã (proteção da propriedade). O que deve ser enfatizado aqui é que incumbe ao legislador definir a matéria dos direitos autorais. Isto significa que o Estado deve

---

<sup>72</sup> Veja sobre este assunto, p. ex., Ysolde Gendreau, *À la recherche d'une propriété perdue* (2005) 17 C.P.I. 551; Ansgar Ohly, *Geistiges Eigentum?* [2003] JZ 545; Horst-Peter Götting, *Der Begriff des Geistigen Eigentums* [2006] GRUR 353; Cyrill P. Rigamonti, *Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts* (Baden-Baden: Nomos, 2001). Sob uma perspectiva histórica Laurent Pfister, *Is Literary Property (a form of) Property? Controversies on the Nature of the Authors' rights in the Nineteenth Century* (2005) 205 R.I.D.A. 117.

<sup>73</sup> Veja Bernd Grzeszick, *Geistiges Eigentum und Art. 14 GG* [2007] ZUM 346.

<sup>74</sup> Jakob Cornides, *Human Rights and Intellectual Property, Conflict or Convergence?* [2004] J.W.I.P. 143.

primeiramente *criar* os direitos de propriedade, a fim de que a lei constitucional proteja esta propriedade<sup>75</sup>. Na determinação do escopo do direito de autor o Estado deve ter em conta os diferentes interesses e os direitos fundamentais concorrentes em equilíbrio proporcional, sendo que o bem-estar social deve servir como diretriz. O legislador age nos limites de um escopo considerável, vinculado apenas a uma série de diretrizes. Isto foi recentemente confirmado por Bernd Grzeszick em uma análise detalhada da relação entre propriedade intelectual e o Artigo 14 da Constituição Alemã:

Primeiramente, a obrigação de garantir privilégios protegidos é fraca. Este nível mínimo de proteção constitucional apenas requer que os ativos resultantes da atividade do autor ou inventor sejam, em princípio e por simples ordem legal, atribuídos a eles. Ele deve, em princípio, ser titular do direito de dispor do resultado e, mais notadamente, de poder utilizar-se economicamente desta sua posição de proprietário. Como resultado, para o propósito de uma garantia institucional é requerido apenas um *conjunto mínimo de direitos*. Além dessa garantia institucional o interesse público deve servir de diretriz para qualquer desenvolvimento legal admissível. Na medida em que a lei garante privilégios protegidos, o proprietário é titular de um espaço individual e exclusivo na liberdade proprietária. Contudo, uma consideração suficiente dos interesses de terceiros interessados e do público em geral também é possível. O interesse individual do autor não tem prioridade incondicional sobre os interesses da comunidade. Apenas no que tange a remuneração há uma proteção mais forte da propriedade intelectual que, por sua vez, somente pode ser superada em circunstâncias excepcionais.<sup>76</sup>

Assim pode-se concluir que no contexto de proteção à propriedade intelectual na Constituição Alemã o foco das atenções da Corte Federal Constitucional está voltado a garantir que “os ativos resultantes da atividade criativa sejam, em princípio, atribuídos ao autor”<sup>77</sup>. Ao autor deve ser garantido receber remuneração pela utilização de seus trabalhos. *Quais os meios* através

---

<sup>75</sup> Isto não é limitado a uma situação legal, mas também se estende à proteção de direitos fundamentais a nível Europeu, veja Calliess nota 65 *supra*, p. 449.

<sup>76</sup> Grzeszick, nota 67 *supra*, p. 353.

<sup>77</sup> Corte Constitucional Federal Alemã (BVerfG, 7 July 1971, [1972] GRUR 481).

dos quais ele receberá esta remuneração não estão necessariamente previstos. Consequentemente, esta participação poderá ser alcançada através de um direito de remuneração baseado em limitações.

Contudo, a Corte Federal Constitucional alemã também considera a liberdade de dispor do trabalho do autor como parte da essência protegida. Portanto, a proteção à propriedade provavelmente previne uma transformação *total* do direito exclusivo em um direito de remuneração baseado em limitações. Todavia, a Corte Federal Constitucional alemã também reconheceu no passado a admissibilidade de numerosas restrições ao direito exclusivo, quando importantes interesses públicos estiverem envolvidos. Na famosa decisão “*schoolbook*”, por exemplo, a Corte afirmou que

com a exclusão do direito do autor de proibir o acesso, o interesse público de ter acesso aos bens culturais é suficientemente satisfeito; esta exclusão claramente define a obrigação social dos direitos autorais nesta área decisiva. Contudo não se extrai do Artigo 14, parágrafo 2º da Constituição, contudo, que nestes casos o autor deva disponibilizar o seu bem cultural de forma gratuita ao público em geral<sup>78</sup>.

Pode-se então concluir ser possível limitar o direito de exclusividade do autor se importantes interesses públicos assim o requererem. [O direito] a remuneração, contudo, só poderá ser contornada *em casos excepcionais muito raros*. A ordem de prioridades é, portanto, clara: a remuneração é o aspecto mais importante da proteção constitucional dos direitos autorais e o princípio da exclusividade segue atrás dele.

Poder-se-á, obviamente, argumentar que existe um interesse público significativo no uso criativo do material protegido<sup>79</sup>. Como já acima afirmado, atualmente os autores criam a partir de material existente protegido pelo direito de autor, e assim ainda mais o fazem quando os níveis de proteção são relativamente baixos<sup>80</sup>. Por razões de política inovadora há bons argumentos para colocar os autores nas melhores condições possíveis para que o processo criativo funcione. Por

---

<sup>78</sup> *Ibid.* p. 484.

<sup>79</sup> Veja Geiger, *Droit d’auteur*, nota 14 *supra*, 366–380.

<sup>80</sup> Veja Gernot Schulze, *L’étendue de protection du droit d’auteur en Allemagne* em Geiger, Bouyssi-Ruch & Hilty, *Perspectives d’harmonisation*, nota 8 *supra*, p. 117.

exemplo, os autores devem ser capazes de criar o mais livremente possível, sem sofrerem restrições pelos direitos exclusivos que, por sua vez, podem proibir a reutilização criativa de material protegido.

Esta ideia já é aceita na Europa na área de direito concorrencial. Na famosa decisão *Magill* da Corte de Justiça Europeia, por exemplo, o uso de um direito de exclusividade para prevenir a comercialização de um novo produto foi o alvo de denúncia e, como resultado, foi garantida uma licença judicial compulsória<sup>81</sup>. Tal decisão poderia ser “internalizada” na lei de direitos autorais<sup>82</sup> pela introdução de uma limitação para usos criativos, atrelada à reivindicação de remuneração. O direito exclusivo continuaria, portanto, a existir, mas somente para prevenir a cópia, isto é, a pura reprodução do trabalho (exceto, é claro, para os casos em que outras limitações sejam aplicáveis como, por exemplo, no caso de cópias privada ou para propósitos científicos ou de ensino). Do ponto de vista de uma análise orientada pela função da propriedade intelectual isto seria inquestionável.

#### *B. Imperativos do tratado de direito da União Europeia*

Outros imperativos que devem ser considerados na redefinição do escopo apropriado de proteção dos direitos autorais na União Europeia são os princípios essenciais estabelecidos nos Tratados da UE, tais como a livre circulação de mercadorias e a lei antitruste<sup>83</sup>. Para acomodar a proteção nacional dos direitos autorais com os princípios essenciais das leis da UE, a Corte de Justiça Europeia adotou uma abordagem orientada pela função da propriedade intelectual. Desde a decisão *Magill* ficou estabelecido que a lei antitruste europeia pode controlar o uso de um direito exclusivo quando ele for incompatível com a “função essencial” desse direito. Muito caracteristicamente a Corte Europeia de Primeira Instância especificou que a função essencial do direito de autor é “proteger os direitos morais vinculados ao trabalho e garantir uma remuneração

---

<sup>81</sup> Decisão da Corte de Justiça Europeia, de 6 de Abril de 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd. (ITP) v. Commission of the European Communities*, C-241/91 P and C-242/91 P, [1995] E.C.R. I-00743, Rs. C-241/91, Slg. 1995, I, 743.

<sup>82</sup> Veja também Thomas Dreier, *Regulating Competition by Way of Copyright Limitations and Exceptions* em Torremans, *Handbook*, nota 48 *supra*, p. 232; Annette Kur, *Limiting IP Protection for Competition Policy Reason- A Case study Based on the EU Spare-parts –Design Discussion* em Josef Drexl, (Org.), *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law* (Cheltenham, UK/ Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2008) 313.

<sup>83</sup> Veja mais genericamente sobre este assunto Christophe Geiger (Org.), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, EIPIN Series Vol. 1, Cheltenham, UK / Northampton, MA, Edward Elgar, 2013.

pelo esforço criativo”<sup>84</sup>. Nesta decisão a Corte identificou claramente o intuito central da lei de direitos autorais, nomeadamente a proteção do direito moral do autor e sua remuneração. O direito exclusivo não é mencionado. É verdade que a versão alemã desta mesma decisão é menos clara; nesse sentido a função essencial é definida como “para garantir a proteção dos direitos dos trabalhos intelectuais e a remuneração da atividade criativa”<sup>85</sup>. O que deve ser entendido por “proteção dos direitos nos trabalhos intelectuais”? Um olhar na versão francesa da mesma decisão indica estar o foco claramente voltado aos direitos morais, e não aos direitos de exploração – “*la fonction essentielle du droit est d’assurer la protection morale de l’oeuvre et la rémunération de l’effort créateur*”. Isto sugere que direitos de remuneração baseados em limitações também podem ser atingidos através de licenças estatutárias, desde que os direitos morais do autor persistam<sup>86</sup>. De fato, o aspecto da autodeterminação da propriedade também pode ser atingido pelo “droit moral”. É importante ter em mente que do ponto de vista filosófico a propriedade sempre foi vinculada a um componente fortemente baseado no direito de personalidade, e que ela é até mesmo considerada por alguns estudiosos como um “direito de personalidade”<sup>87</sup>. Portanto, seria justificável se o controle sobre a utilização de um trabalho, como uma expressão da personalidade de um autor – fosse garantido pelos direitos morais do autor e não necessariamente pelos direitos de exploração.

---

<sup>84</sup> Decisão da Corte de Primeira Instância (EuGH) de 10 de Julho de 1991, *ITP v. Commission*, T-76-89, [1991] E.C.R. II-575, p. 58.

<sup>85</sup> Em alemão: “Die wesentliche Funktion des Urheberrechts besteht darin, den Schutz der Rechte an dem geistigen Werk und die Vergütung der schöpferischen Tätigkeit unter Beachtung der Zwecke, insbesondere des Artikels 86 [jetzt Artikel 82] sicherzustellen”.

<sup>86</sup> Admitidamente, esta posição ainda não foi consolidada nas cortes europeias. Assim, em uma decisão do presidente da Corte Europeia de Primeira Instância de 26 de Outubro de 2001, no caso *IMS Health case* (Order of the President of the Court of First Instance of 26 October 2001, *IMS Health Inc. v Commission of the European Communities*, T-184/01 R, [2001] E.C.R. II-03193), podemos encontrar a seguinte opinião: “A redução dos direitos autorais em um direito puramente econômico de recolhimento de taxas diminui seu conteúdo essencial e é basicamente destinada a causar um dano potencial sério e irreparável ao titular do direito. Porque a idéia básica do direito autoral é garantir ao autor de um trabalho criativo e original um direito de exclusividade na exploração do seu trabalho e, com isto, garantir uma remuneração pela atividade criativa”. Contudo, não resta explicado ou demonstrado nesta decisão porque uma licença compulsória cria um “dano potencial sério e irreparável”, e como isto deve ser avaliado. Devemos notar, contudo, que certamente é controverso se exclusividade é um elemento essencial do direito autoral. A decisão da Corte Europeia de Primeira Instância de 17 de Setembro de 2006 no caso *Microsoft* (Decision of the Court of First Instance, 17 September 2007 (Microsoft), *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities*, T-201/04, [2007] E.C.R. 7 II-03601; (2008) 39 IIC 504) demonstra claramente que a Corte Europeia continua a controlar o exercício de direitos para fins de lei anti-truste, e não hesita em restringir o direito de exclusividade em determinados casos, garantindo um licença compulsória, que claramente demonstra que a atribuição da exclusividade certamente não é considerado como um direito intocável.

<sup>87</sup> Veja sobre este tópico, p. ex., Gerhard Luf, *Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluss auf das Urheberrecht* em Robert Dittrich, (Org.), *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?* (Vienna: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988) 9 p.

O elemento liberal da propriedade [quando compreendida] como um meio de autodeterminação patrimonial que, por sua vez, e emprestando uma formulação de *John Rawls*, serve como “base material suficiente para um senso de independência pessoal e auto-estima, ambos indispensáveis ao desenvolvimento de bens morais”<sup>88</sup>, também poderá possivelmente ser garantido através de um direito de remuneração baseado em limitações, desde que a quantia da remuneração seja satisfatória. De fato, o elemento substantivo da liberdade está na capacidade de sobreviver com os frutos do próprio trabalho. Michel Vivant chega ao coração da questão quando escreve: “Porque o homem é livre, o autor e o inventor devem ser capazes de viver da exploração de suas obras ou invenções”<sup>89</sup>.

Sob uma perspectiva liberal não pode haver dúvidas ser essencial que o autor participe da exploração de sua obra. *Como* esta participação é legalmente organizada (através de um direito de exclusividade ou outra remuneração baseada em limitações) não é, portanto, decisivo<sup>90</sup>.

Adicionalmente, a “licença estatutária”<sup>91</sup> não significará necessariamente que o autor perderá completamente o controle sobre a sua obra. Licenças estatutárias podem ser determinadas (legisladas) em termos que envolvam os autores no processo de licenciamento, particularmente no que diz respeito à quantia da remuneração.

Pode ser estabelecido que o autor não possa se opor a utilização de sua obra, mas que a soma da remuneração deve ser negociada entre as partes. Se não for possível chegar-se a um acordo é possível estabelecer entidades de arbitragem, que determinarão o valor da remuneração e, assim, garantindo, assim, que o autor participe apropriadamente das negociações.

---

<sup>88</sup> John Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus, Aufsätze 1978-1989* (Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1994) 68. For the theories of Rawls concerning the property see Andrea Esser, “Faire Verteilung oder absoluter Schutz des Eigentums? Eine klassische Alternative in der neueren Diskussion: John Rawls und Robert Nozick” in Andreas Eckl & Bernd Ludwig, org., *Was ist Eigentum? Philosophische Positionen von Platon bis Habermas* (Munich: Beck, 2005) 217.

<sup>89</sup> Michel Vivant em Michel Vivant, (Org.), *Les créations immatérielles et le droit* (Paris : Ellipses, 1997) 11.

<sup>90</sup> Michel Vivant, “Pour une épure de la propriété intellectuelle” em *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l’honneur de André Françon* (Paris: Dalloz, 1995) 415 a 423: si “l’essentiel est que le créateur, dès lors que la création est source de profit, puisse, d’une manière ou d’une autre, en tirer lui-même profit”, il existe “diverses manières d’assurer ce profit et le faire avec un réalisme qui ne sacrifie pas l’équité, plutôt qu’avec dogmatisme, nous paraît, à tout prendre, une bonne chose”.

<sup>91</sup> Sobre esta terminologia veja a nota 39 *supra*.

*C. Imperativos resultantes de convenções internacionais no campo da propriedade intelectual*

Qualquer legislação nacional que implemente a abordagem pró-limitações deverá, obviamente, cumprir com as obrigações impostas pelas convenções internacionais. Nesse sentido não se deve desconsiderar ser o “direito exclusivo” expressamente protegido nos acordos internacionais de direitos autorais. Este é o caso da Convenção de Berna (por exemplo no Art. 11) e do Tratado da Organização Mundial de Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor (por exemplo no Art. 6), enquanto o Acordo do TRIPS (por exemplo no Art.11) refere-se ao “direito de autorizar ou proibir” determinado uso da obra. Contudo, todos estes acordos também prevêm limitações e licenças compulsórias, portanto restringindo o direito exclusivo. Da mesma maneira uma abordagem orientada funcional pode ser lida nestes acordos em diferentes pontos. Neste contexto o frequentemente citado preâmbulo do Tratado da Organização Mundial de Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor de 1996 prevê “a necessidade de manter um equilíbrio entre os direitos dos autores e o interesse do público maior, particularmente em educação, pesquisa e acesso à informação”. Igualmente, o Artigo 7º do Acordo TRIPS esclarece:

A proteção e fortalecimento dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir à promoção da inovação tecnológica e para a transferência e disseminação da tecnologia, para a vantagem mútua de produtores e usuários do conhecimento tecnológico, de forma que conduza ao bem-estar social e econômico, e para equilibrar os direitos e obrigações.

Isto obviamente diz respeito a uma abordagem inovadora que, como visto acima, pode ser mais bem atingida em determinados casos pelas limitações aos direitos autorais do que pelo direito exclusivo. O Artigo 8º do mesmo acordo prevê que os estados membros adotem medidas “para promover o interesse público em setores de vital importância ao seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico” (parágrafo 1), bem como àqueles necessários “para prevenir o abuso dos direitos de propriedade intelectual pelos titulares” (parágrafo 2). De acordo com essas provisões os direitos de propriedade intelectual podem – e/ou devem – se desenvolver de tal forma



que realizem os interesses sociais, em particular os objetivos do acordo (a promoção da inovação no interesse do público em geral<sup>92</sup>), o que uma abordagem pró-limitações também poderá garantir.

Essas medidas, contudo, devem ser compatíveis com o Acordo TRIPS, como especificado no Artigo 8º. Em relação às limitações aos direitos autorais o acordo contém apenas uma diretriz no Artigo 13: limitações não devem violar a chamada “Regra dos Três Passos”<sup>93</sup>. Esta “limitação às limitações” pode ser encontrada expressa de forma similar em vários tratados internacionais de direitos autorais e propriedade intelectual: Artigo 9, parágrafo 2º da revisada Convenção de Berna (sigla em inglês BC), Artigo 10 do Tratado WIPO sobre Direitos Autorais (em Inglês WCT), Artigo 16, parágrafo 2º do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas e Performances da Ompi (em inglês WPPT), bem como na legislação europeia (Artigo 5º, parágrafo 5º da Diretiva de 22 de Maio de 2001 sobre direitos autorais na sociedade da informação)<sup>94</sup>. Essas provisões requerem a observância das partes contratantes e impõem uma série de condições na introdução das limitações à lei nacional de direitos autorais. A fim de preencher os critérios a limitação deve (1) descrever certo caso especial, (2) não conflitar com a exploração normal do trabalho e (3) não prejudicar sem justificações os interesses legítimos do autor (BC, WCT/WPPT) e/ou do titular de direitos (TRIPS). Um exame detalhado dessas diretrizes ambíguas e pouco claras não poderá ser procedida aqui. É suficiente notar neste ponto que a terminologia utilizada deixa muito espaço para exercícios interpretativos<sup>95</sup>. Basicamente, a Regra dos Três Passos é similar aos

---

<sup>92</sup> Veja sobre este tópico o interessante capítulo de Henning Grosse Ruse-Khan, *Proportionality and Balancing within the Objectives for Intellectual Property Protection* em Torremans, *Intellectual Property*, nota 54 *supra*, p. 161; Kur, *Oceans*, nota 15 *supra*.

<sup>93</sup> Sobre a regra dos três passos em geral veja, p. ex., Senftleben, *Copyright, Limitations*, nota 5 *supra*; Christophe Geiger, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, e-Copyright Bulletin January–March 2007 [Geiger, “Role of the Three-Step Test”]; Kur, *Oceans*, nota 15 *supra*. Christophe Geiger, Daniel Gervais e Martin Senftleben “Understanding the ‘Three-Step Test’”, em D. Gervais (Org), *Research Handbook on International Intellectual Property Law*, Cheltenham, UK / Northampton, MA, Edward Elgar, 2014.

<sup>94</sup> Veja Christophe Geiger, *From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test* [2007] E.I.P.R. 486.

<sup>95</sup> Veja Hugenholtz & Okediji, *Conceiving*, *supra*citada nota 2, p. 25; Kur, *Oceans*, nota 13 *supra*; Christophe Geiger, *Exploring the Flexibilities of the TRIPS Agreements Provisions on Limitations and Exceptions*, em: A. Kur and V. Mizaras (Org.), *The Structure of Intellectual Property Law- Can One Size Fit All?*, 287 (Cheltenham, UK/ Northampton, MA, Edward Elgar, 2011). Veja também a “Declaração sobre uma Interpretação Equilibrada da Regra dos Três Passos na Lei de Direitos Autorais”, elaborada por um grupo de especialistas de vários países europeus sob iniciativa do Max Planck Institute for Intellectual Property Law, e Universidade Queen Mary, Londres, (2008) 39 IIC 707. Sobre este documento, veja Christophe Geiger, Jonathan Griffiths & Reto M. Hilty, *Towards a Balanced Interpretation of the ‘Three-step test’ in Copyright*

requerimentos da lei constitucional internacional e europeia, determinantes para sua interpretação<sup>96</sup>. O terceiro passo requer um justo equilíbrio entre os interesses envolvidos, o que caracteriza uma reminiscência da função social dos direitos autorais no contexto da ordem constitucional e do [a ela] relacionado teste de proporcionalidade, enquanto o segundo passo deve assegurar que o núcleo do direito autoral não seja corroído. Nesse espírito a exploração normal do trabalho é interpretada por alguns autores como incluindo apenas o núcleo econômico dos direitos autorais<sup>97</sup>. Como isto deve ser compreendido já foi mencionado anteriormente, isto é, o núcleo protegido indiscutivelmente proíbe a transformação *total* do direito exclusivo em um direito de receber justa remuneração, mas a possibilidade de uma restrição deve permanecer para os casos em que o conflito de importantes interesses públicos assim o requeira. Deste modo, para o propósito de uma consideração normativa da Regra dos Três Passos, o que alguns estudiosos já defendem<sup>98</sup>, pode ser alegado que a exploração “normal” em determinados casos também pode ser atingida por um direito de remuneração baseado em limitações que o direito exclusivo apenas cobriria o direito de opor-se à cópia do trabalho (mercado primário) e não ao seu uso criativo (mercados derivados)<sup>99</sup>.

---

*Law* [2008] E.I.P.R. 489. Para um comentário, veja também Huaiwen He, *Seeking a Balanced Interpretation for the Three-Step Test: an Adjusted Structure in View of Divergent Approach* (2009) 40 IIC 274. Esta declaração fornece uma base interpretativa para o critério obscuro da Regra dos Três Passos. Para uma implementação desta interpretação a nível internacional, veja Ch. Geiger, *Implementando um Instrumento Internacional para Interpretação das Limitações e Exceções aos Direitos de Autor*, Revista Jurídica do CESUCA v. 1, n. 1 (2013) <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/issue/view/16>.

<sup>96</sup> Veja Geiger, *Flexibilising Copyright*, supracitada nota 52, e do mesmo autor: *Constitutional Dimension*, nota 63 *supra*, p. 101.

<sup>97</sup> Veja Martin R.F. Senftleben, *Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest* em Reto M. Hilty & Alexander Peukert, (Org.), *Interessenausgleich im Urheberrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2004) 182.

<sup>98</sup> A favor de uma abordagem normativa no que tange o segundo passo vide Martin R.F. Senftleben, *Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? – WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law* (2006) 37 IIC 407 p.; Jane Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the ‘Three-Step Test’ for Copyright Exceptions* (2001) 187 R.I.D.A. 23 p.; Sam Ricketson e Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights- The Berne Convention and Beyond*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, § 13.21; Geiger, *Flexibilising Copyright*, supracitada nota 52, p. 194. Ch. Geiger, *Implementando um Instrumento Internacional para Interpretação das Limitações e Exceções aos Direitos de Autor*, Revista Jurídica do CESUCA v. 1, n. 1 (2013) <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/issue/view/16> ; Christophe Geiger, Daniel Gervais e Martin Senftleben, *The Three Step Test Revisited: How to Use the Test’s Flexibility in National Copyright Law*, American University International Law Review 2014 (forthcoming)

<sup>99</sup> Se não for seguida esta interpretação admitidamente bastante liberal da regra dos três passos, ainda há a possibilidade de subordinar usos criativos à administração mandatária das obras pela coletividade, mas isto

### III. CONCLUSÃO

Neste artigo foi analisado o contexto legal no qual uma reformulação do escopo de proteção dos direitos autorais deve ser incorporada e identificou-se os obstáculos que poderão surgir no processo de reequilíbrio dos diferentes interesses envolvidos. Viu-se que há muito mais flexibilidade do que se pode imaginar no que tange a implementação de uma abordagem “pró-limitações” à proteção dos direitos autorais, mesmo que desta forma requeira-se repensar o princípio da exclusividade no qual a propriedade intelectual se baseia. Deve-se admitir que a abordagem aqui proposta parece bastante radical, sobretudo devido à redução do escopo do direito exclusivo à prevenção de meras cópias do trabalho e não cobrindo reutilizações criativas. Deve-se destacar que o modelo proposto pede, naturalmente, alguma maior pesquisa adicional, de modo a tornar-se funcional. Não é minha intenção propor este modelo como sendo *o verdadeiro* mas, ao contrário, apenas explorar quais alternativas possíveis existem para promover inovação e discernir qual espaço existente para implementar tais soluções. Tenho claro, por óbvio, que em determinadas circunstâncias privar os criadores de seu direito exclusivo não irá necessariamente beneficiar todos os autores igualmente. Em particular, se o autor é muito bem-sucedido, ele pode preferir ter o controle total dos trabalhos derivados, pois terá um grande poder de barganha, que permitirá a ele obter um maior montante pela reutilização de seu trabalho do que no sistema “baseado em limitações”. Não se pode negligenciar o risco de interferir muito fortemente, por meio de tal mecanismo, nas forças do mercado (“socialização da PI”). De modo a preservar ao máximo possível do poder de decisão aos titulares de direitos, pode ser possível pensar em implementar um direito de autor baseado em limitações em adição ao já existente e, assim, manter dois regimes autorais diferentes coexistentes de forma que o criador possa decidir se prefere o regime tradicional ou aquela proteção “pró-limitações”<sup>100</sup>. Como visto acima, uma vez que a solução “pró-limitação”

---

não seria uma limitação, mas apenas uma forma de exercício do direito de exclusividade, o que não seria, portanto, coberto pela regra dos três passos (veja detalhes sobre este assunto em Silke von Lewinski, *Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights – A Case Study on Its Compatibility with International and EC Copyright Law*, e-Copyright Bulletin Janeiro-Março de 2004; Geiger, *Role of the Three-Step Test*, supracitada nota 86; P.B. Hugenholtz et R. Okediji, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Relatório Final, Março de 2008, p. 19 : “Embora o efeito prático de tal norma seja similar a uma licença estatutária compulsória (proporcionando um direito de remuneração), tecnicamente não é uma limitação, considerando que o direito de exclusividade econômico permanece intacto e ainda pode ser executado em nome dos titulares do direito por designadas sociedades coletivas”.

<sup>100</sup> Tal sistema dual foi proposto no contexto do compartilhamento “peer-to-peer” por A. Peukert, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*, 28 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 1 (2005). Veja também sobre este assunto, explorando soluções alternativas no contexto de compartilhamento de arquivos,

apresenta mais vantagens ao criador – por exemplo em relação às verbas a eles redistribuídas – ele poderá ser mais atrativo a muitos deles, enquanto outros estariam livres para permanecer sob o regime clássico de direitos autorais. O sucesso do “conteúdo aberto” – i.e. licenças usadas por muitos criadores para tornarem seus trabalhos disponíveis ao público gratuitamente, demonstram que os mecanismos alternativos de inovação são atraentes. A solução proposta combina as vantagens da propriedade e modelos abertos para inovação, podendo permitir aos autores criarem livremente sobre trabalhos existentes, enquanto garantiria ao criador do trabalho existente o recebimento de uma parte da recompensa financeira: livre utilização criativa, mas não reutilização gratuita. Por essa razão o tema merece atenção e futuro trabalho acadêmico.

---

Ch. Geiger, *Counterfeiting and the Music Industry: Towards a Criminalization of End Users? The French ‘HADOPI’ Example*, em: Ch. Geiger (Org.), *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham (UK)/Northampton, MA (EUA), Edward Elgar Publishing, 2012, 386 sq; Ch. Geiger, *The Rise of Criminal Enforcement of Intellectual Property Rights...And its failure in the context of copyright infringements on the Internet*, em S. Frankel e D. Gervais (Org), *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.