

DECLARAÇÃO UMA INTERPRETAÇÃO EQUILIBRADA DO “TESTE DOS TRÊS PASSOS” DO DIREITO DE AUTOR*

PREFÁCIO

A velocidade crescente do desenvolvimento tecnológico conduziu a uma mudança fundamental na função e efetividade do direito de autor. A evolução de novos modelos de negócios levou a uma radical mudança de prioridades. Ameaças sem precedentes e desconhecidas surgiram tanto aos titulares de direitos de autor como aos usuários de bens protegidos por estes direitos. Tanto quanto possível, interesses potencialmente conflitantes devem ser reconciliados.

No contexto da regulação global dos direitos de autor, a harmonização busca assegurar aos titulares destes direitos a habilidade de extraírem benefícios dos novos meios de exploração de suas obras e modelos de negócios. Enquanto, primariamente, a harmonização legal internacional serve aos interesses dos países exportadores de bens protegidos de estabelecer um ambiente comercial seguro e previsível, a evidência histórica, a teoria econômica e o princípio da autodeterminação sugerem que os estados deveriam dispor, individualmente, de flexibilidade suficiente, para adotarem regimes de direitos de autor adequados às suas próprias necessidades culturais, sociais e de desenvolvimento econômico. Exceções e limitações aos direitos de autor, estabelecidas em função das necessidades domésticas, oferecem o mecanismo legal mais importante para se alcançar, na esfera nacional, um equilíbrio apropriado e independente de interesses.

O Teste dos Três Passos já se firmou como um meio efetivo de prevenção da aplicação excessiva de limitações e exceções. No entanto, não existe qualquer mecanismo complementar que proíba que sua aplicação se faça de modo indevidamente limitado ou restritivo. Por esta razão, o Teste dos Três Passos deve ser interpretado com vistas a assegurar uma aplicação adequada e equilibrada das limitações e exceções. Isto é essencial para se alcançar um efetivo equilíbrio de interesses.

CONSIDERAÇÕES

- O direito de autor tem como fim beneficiar o interesse público, porquanto estabelece incentivos importantes para a criação e disseminação de novas obras ao público em geral. Estas servem para a satisfação de necessidades comuns, que são satisfeitas tanto por meio da obra em si como por intermédio de sua utilização como base para a criação de novas obras. No entanto, o interesse público apenas estará verdadeiramente resguardado, se o direito de autor oferecer incentivos adequados para todas as partes envolvidas. Por conseguinte, deve acomodar os interesses dos titulares originários de direitos (tais como os criadores), bem como os interesses daqueles que adquirem direitos em decorrência da comercialização e exploração comercial de uma obra (titulares subseqüentes de direitos).

Criadores e titulares subseqüentes de direitos, freqüentemente, compartilham interesses convergentes, por exemplo, no que tange à proibição de usos não-autorizados de obras

* A presente versão da Declaração é uma tradução do inglês, realizada por Edson Beas Rodrigues Jr., e revisada por Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Em caso de conflitos, a versão oficial em língua inglesa deve ser observada.

protegidas. Mas, ocasionalmente, seus interesses também conflitam. Por exemplo, as limitações e exceções quase sempre conflitam com o fim primário dos titulares subsequentes de direitos de maximizar os lucros de seus investimentos. Em sentido contrário, em determinadas circunstâncias, limitações e exceções *favorecem* os interesses dos criadores. Esta é a realidade dos regimes legais que condicionam a aplicação de limitações e exceções ao pagamento de uma compensação adequada, sendo assegurada a participação obrigatória do criador nos resultados. O Teste dos Três Passos não deve ser interpretado de maneira a pôr em perigo uma solução adequada para este conflito multidimensional de interesses.

- O interesse público não estará bem servido se o direito de autor negligenciar os interesses mais gerais dos indivíduos e grupos da sociedade, quando do estabelecimento de incentivos aos titulares de direitos. Quando surgem conflitos entre os interesses dos titulares de direitos de autor e o público em geral, devem-se envidar esforços para trazê-los a uma posição de equilíbrio. Tal equilíbrio de interesses é um objetivo geral da regulação da propriedade intelectual, conforme enunciado no artigo 7º do Acordo TRIPS e no preâmbulo do Tratado da OMPI sobre Direitos Autorais, que enfatiza “a necessidade de se conservar um equilíbrio entre os direitos dos autores e os interesses do grande público, particularmente, os pertinentes à educação, pesquisa e acesso à informação”.

Limitações e exceções figuram como o instrumento legal mais importante para se reconciliar os direitos dos autores com os interesses individuais e coletivos do público em geral. Quando utilizado para determinar o escopo de limitações e exceções, o Teste dos Três Passos não deve considerar apenas os interesses dos titulares de direitos de autor. A necessidade de se tomar em conta, em igual medida, os interesses de terceiros é confirmada explicitamente no Teste dos Três Passos, quando aplicado na esfera do direito da propriedade industrial (art. 17, art. 26(2) e art. 30 do Acordo TRIPS). O fato de não haver referência explícita a interesses de terceiras partes no Teste dos Três Passos, aplicável ao direito de autor não diminui a necessidade de tomá-los em consideração. Pelo contrário, o silêncio indica uma omissão, que deve ser tratada pelo Poder Judiciário.

- Quando corretamente aplicado, o Teste dos Três Passos demanda uma avaliação conjunta e abrangente de seus passos, ao invés de uma aplicação passo a passo, conforme sua descrição usual, embora enganadora. Nenhum passo isolado deve ser priorizado. Disso resulta que o Teste não mina o equilíbrio necessário entre interesses de classes diferentes de titulares de direitos ou entre titulares de direitos, de um lado, e o público em geral, do outro. Quaisquer resultados contraditórios decorrentes da aplicação individual dos passos do teste, em um caso particular, devem ser adaptados a partir de uma avaliação conjunta e abrangente de seus elementos. A formulação presente do Teste dos Três Passos não proíbe a observância deste entendimento; no entanto, esta abordagem tem sido freqüentemente ignorada em casos concretos.¹

- O interesse público resta particularmente claro, no caso daqueles valores que dão suporte aos direitos fundamentais. A estes valores deve-se dar especial consideração quando se aplica o Teste dos Três Passos. Ademais, o interesse público estará resguardado, quando a tendência

¹ Vide, por exemplo, a decisão da Suprema Corte da França, proferida em 28 de fevereiro de 2006 (37 IIC 760 (2006)). A mesma atitude é revelada no relatório do painel WT/DS114/R, da Organização Mundial do Comércio (*Canada – Patents*), que julgou a falha em cumprir as exigências de um dos passos implicaria necessariamente em violação do art. 30 do Acordo TRIPS. Embora não endosse expressamente a mesma postura, o relatório de um painel subsequente (WT/DS160/R, *USA-Copyright*, de 15 de junho de 2000) não se distanciou de *Canada – Patents*, de maneira a auxiliar o esclarecimento de concepções equivocadas.

inevitável do direito de autor de restringir a concorrência, por intermédio da concessão de direitos de exclusivo não for além do necessário.

Limitações e exceções figuram como um mecanismo capaz de eliminar posições exclusivas de mercado, de natureza anti-concorrencial. A este respeito, limitações e exceções apresentam uma vantagem em face dos remédios disponibilizados pelo direito concorrencial, porquanto estabelecem uma base geral para os remédios (em oposição à abordagem casuística do direito concorrencial). Logo, asseguram certeza legal, previsibilidade e ainda reduzem custos de transação. Decisões pertinentes à introdução e definição do escopo das limitações e exceções, para promoção da concorrência devem ser deixadas à discricionariedade dos legisladores. O Teste dos Três Passos não deve ser aplicado de maneira a salvaguardar práticas anti-concorrenciais ou impedir o estabelecimento de um equilíbrio harmônico entre, de um lado, os interesses legítimos dos titulares de direitos de autor e, de outro, a concorrência (especialmente, concorrência em mercados secundários).

- Um dos principais incentivos oferecidos pelo direito de autor aos titulares originários e subseqüentes de direitos é a compensação fixada com fulcro nas práticas de mercado. Assim, preços mais altos são aceitáveis se resultarem da concorrência de mercado. Sem embargo, isto não significa que *apenas* os preços fixados pelo mercado possam ser considerados “adequados” e proporcionais aos interesses dos titulares de direitos. A compensação fixada sob condições anti-concorrenciais é injustificável.

Por conseguinte, quando os interesses de terceiros justificarem a introdução de limitações e exceções aos direitos de exclusivo, o Teste dos Três Passos não deve obstar o pagamento de compensação, em patamar abaixo daquele praticado pelo mercado. A compensação será intrinsecamente adequada, quando conservar incentivos suficientes para a contínua criação e disseminação de obras. A compensação, igualmente, será suficiente, quando a diferença entre a compensação concretamente fixada, em patamar abaixo daquele praticado pelo mercado e a compensação teórica, calcada nas práticas do mercado justificar-se por interesses de terceiros.

OBJETIVOS

O Teste dos Três Passos desempenha distintas funções em diferentes esferas regulatórias e sistemas legais. Internacionalmente, controla a autonomia estatal, quando da redação das exceções e limitações aos direitos de autor. Em âmbito doméstico, o Teste pode ser incorporado diretamente ou pode funcionar, exclusivamente, como um auxílio interpretativo das normas domésticas.

A presente Declaração não busca eliminar tais diferenças. Ademais, não pretende limitar a liberdade e discricionariedade dos legisladores regionais e domésticos de permitir ou proibir determinadas limitações e exceções ou minar a alocação de competências, no que respeita a legislar sobre limitações e exceções.

A regulação internacional econômica permite alcançar um equilíbrio entre interesses econômicos e sociais. O direito internacional da propriedade intelectual igualmente assinala a necessidade de equilíbrio. No campo do direito de autor, a presente Declaração propõe uma interpretação apropriadamente equilibrada do Teste dos Três Passos, de modo a permitir que as exceções e limitações ora existente nas legislações internas não sejam indevidamente restringidas, nem que a introdução de exceções e limitações adequadamente equilibradas seja obstada.

DECLARAÇÃO

Os Signatários,

- Reconhecendo que os regimes internacionais, regionais e nacionais de direitos de autor se fundam, com frequência cada vez maior, no Teste dos Três Passos;

- Considerando que certas interpretações do Teste dos Três Passos, adotadas na esfera internacional são indesejáveis;

- Notando que, ao aplicarem o Teste dos Três Passos, os juízes e legisladores nacionais vêm sendo equivocadamente influenciados por interpretações restritivas do Teste;

- Considerando desejável estabelecer a interpretação do Teste dos Três Passos, a partir de uma fundamentação equilibrada,

Declaram:

1. O Teste dos Três Passos constitui um todo indivisível.

Os três passos do teste devem ser considerados conjuntamente, em uma avaliação geral e abrangente

2. O Teste dos Três Passos não exige que as limitações e exceções sejam interpretadas restritivamente, devendo ser interpretadas em consonância com seus objetivos e propósitos.

3. A restrição do Teste às limitações e exceções dos direitos de exclusivo a certos casos especiais não impede, quando possível dentro do sistema legal a que se vinculam:

(a) os legisladores de introduzirem limitações e exceções abertas, desde que seu escopo seja razoavelmente previsível; ou

(b) os tribunais de,

- aplicar limitações e exceções enunciadas em lei *mutatis mutandis* a circunstâncias factuais similares, ou

- estabelecer novas limitações ou exceções.

4. Limitações e exceções não conflitam com a exploração normal da matéria protegida, se

- forem fundadas em interesses concorrentes importantes ou

- tiverem o efeito de se contrapor a restrições não-razoáveis à concorrência, notadamente em mercados secundários, particularmente quando compensação adequada for assegurada, seja ou não por meios contratuais.

5. Ao se aplicar o Teste dos Três Passos, devem-se tomar em consideração os interesses dos titulares originários de direitos, assim como os dos titulares subseqüentes de direitos.

6. O Teste dos Três Passos deve ser interpretado de maneira a respeitar os interesses legítimos de terceiras partes, inclusive

- interesses derivados de direitos humanos e liberdades fundamentais;
- interesses sobre competição, notadamente em mercados secundários; e
- outros interesses públicos, sobretudo aqueles concernentes ao progresso científico, cultural, social ou ao desenvolvimento econômico.

Iniciadores e coordenadores da Declaração:

- Christophe Geiger, Professor Associado e Diretor do Centre for International Industrial Property Studies (CEIPI), Universidade de Estrasburgo, França; Pesquisador do Instituto Max Planck para a Propriedade Intelectual (Munique, Alemanha).
- Reto M. Hilty, Diretor do Instituto Max Planck para a Propriedade Intelectual; Professor das Universidades de Zurique e Munique;
- Jonathan Griffiths, Professor (*Senior Lecturer*), Faculdade de Direito de Queen Mary, Universidade de Londres, Reino Unido
- Uma Suthersanen, Professora (*Reader*), Faculdade de Direito, Queen Mary, Universidade de Londres, Reino Unido

Grupo de expertos que contribuíram para a redução da Declaração e que figuram como os primeiros signatários:

- Valérie Laure Benabou, Professora e Diretora, DANTE Research Centre for Information Technology Law, Univesidade de Versailles/Saint Quentin, França
- Lionel Bently, Professor e Diretor, Centre for Intellectual Property & Information Law, Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, Reino Unido
- Thomas Dreier, Professor, Universidade de Karlsruhe; Diretor, Karlsruhe Institute of Technology, Alemanha
- Séverine Dusollier, Professora e Chefe do Departamento de Direito da Propriedade Intelectual, Research Centre for Computer and Law, Universidade de Namur, Bélgica
- Gustavo Ghidini, Professor, Faculdade de Direito da Universidade de Milão; Diretor do Osservatorio di proprietà intellettuale, concorrenza e comunicazioni, Luiss Guido Carli, Universidade de Roma, Itália.
- Henning Große Ruse-Khan, Pesquisador, Instituto Max Planck para a Propriedade Intelectual, Alemanha
- Bernt Hugenholtz, Professor e Diretor, Institute for Information Law, Universidade de Amsterdã, Holanda
- Dionysia Kallinikou, Professora Associada, Universidade de Atenas, Grécia
- Kamiel Koelman, Bousie Lawyers, Amsterdã, Holanda

- Annette Kur, Professora e Pesquisadora Sênior, Instituto Max Planck para o Direito da Propriedade Intelectual, Alemanha
- Makeen Makeen, Lecturer, Faculdade de Direito, SOAS, Universidade de Londres, Reino Unido
- Vytautas Mizaras, Professor Associado, Chefe do Departamento de Direito e Processo Civil, Faculdade de Direito, Universidade de Vilnius, Lituânia
- Hector MacQueen, Professor de Direito Privado e Co-diretor, , AHRC Research Centre for Studies in Intellectual Property and Technology Law, University de Edimburgo, Reino Unido
- Gül Okutan Nilsson, Professor Assistente, Intellectual Property Law Research Centre, Universidade Istanbul Bilgi, Turquia
- Alexander Peukert, Professor Assistente, Pesquisador, Instituto Max Planck para a Propriedade Intelectual, Alemanha
- Jerome Reichman, Professor Titular da Cátedra Bunyan S. Womble, Faculdade de Direito da Universidade Duke, EUA
- Jan Rosen Professor, Universidade de Estocolmo, Suécia
- Jens Schovsbo, Professor, Departamento de Ciência Legal, Universidade de Copenhague, Dinamarca
- Martin Senftleben, Professor de Propriedade Intelectual, VU University Amsterdam, Holanda
- Fabrice Siiriainen, Professor da Universidade de Nice Sophia Antipolis, França
- Paul L.C. Torremans, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Nottingham, Reino Unido
- Elzbieta Traple, Professora, Universidade de Cracóvia, Polônia
- Michel Vivant, Professor, Paris Institute for Political Studies („Science Po“), França
- Rolf Weber, Professor da Universidade de Zurique, Suíça
- Guido Westkamp, Senior Lecturer, Faculdade de Direito, Queen Mary, Universidade de Londres, Reino Unido
- Raquel Xalabarder, Professora, Universidade Oberta de Catalunya, Barcelona, Espanha

Assistente de Projeto e pesquisa:

Benjamin Bajon, Bolsista, Instituto Max Planck para a Propriedade Intelectual, Munique, Alemanha.