DANIELA OLIVEIRA RODRIGUES

**LIMITES AOS DIREITOS DE AUTOR SOB A PERSPECTIVA DO
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Estudo dos limites aos direitos de autor frente aos direitos de acesso ao
conhecimento e à educação nos ordenamentos internacional e interno

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientadora: Professora Associada Dra. Maristela Basso

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2014

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

Unidade: Faculdade de Direito

Área de Concentração: Direito Internacional – 2135

Orientadora: Professora Associada Dra. Maristela Basso

Candidata/Mestranda: Daniela Oliveira Rodrigues

Nº USP: 5438797

Departamento: Direito Internacional e Comparado

Linha de Pesquisa: “Os direitos humanos no âmbito internacional: respeito, proteção e implementação”

Projeto de Pesquisa: “Direitos humanos e desenvolvimento: a interação dos temas no âmbito jurídico internacional”

Total de Créditos Obtidos: 44, com aprovação em todas as disciplinas cursadas

Exame de Qualificação: Aprovada em 22/08/2012

Nome: RODRIGUES, Daniela O.

Título: Limites aos direitos de autor sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos.

Estudo dos limites aos direitos de autor frente aos direitos de acesso ao conhecimento e à educação nos ordenamentos internacional e interno

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direito Internacional

Orientadora: Professora Associada Dra. Maristela Basso –
Departamento de Direito Internacional e Comparado (DIN-FDUSP)

Aprovada em:

Comissão Julgadora (Banca Examinadora):

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Agradecimentos:

Agradeço primeiramente a Deus pelos planos que preparou para a minha vida. Agradeço a minha família e o meu noivo pelo apoio, paciência e carinho durante todo o processo de elaboração deste trabalho. Os amigos, de dentro e de fora das Arcadas, pelo respeito ao tempo dedicado ao trabalho, apoio e solidariedade.

Agradeço também os professores que me acompanharam neste processo e me auxiliaram durante a elaboração, com importantes discussões, sugestões e críticas que, certamente, levaram a uma melhor abordagem do tema e ao aperfeiçoamento do trabalho. Agradeço a eles, especialmente, pelas oportunidades concedidas além da sala de aula, por terem aberto para mim as portas de um mundo diferente daquele conhecido até então.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A2K	Access to Knowledge
	Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual
ADPIC	Relacionados com o Comércio
AUSFTA	Australia – United States Free Trade Agreement
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
	Bureaux Internationale pour la Protection de la Propriété
BIRPI	Intellectuelle
CC-GPL	Creative Commons - Licença Pública Geral
CC-LGPL	Creative Commons - Licença Pública Geral Menor
CCULT	Comissão de Cultura - Câmara dos Deputados
CDIP	Committee on Development and Intellectual Property
CIPR	Commission on Intellectual Property Rights
	Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e
CUB	Artísticas
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EFTA	European Free Trade Association
FLOSS	Free/Libre/Open Source Software
FMI	Fundo Monetário Internacional
FOSS	Free and Open Source Software
GATS	Acordo Geral sobre Comércio de Serviços
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
ICT	Information and Communication Technology
	Information and Communication Technology/Competence
ICT CFT	Framework for Teachers
ICTSD	International Centre for Trade and Sustainable Development
IDEB	Índice da Educação Brasileira
ISBN	International Standard Book Number
LDA	Lei de Direitos Autorais
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
MIL	Media and Information Literacy
MIT	Massachusetts Institute of Technology
NAFTA	North America Free Trade Agreement

OER	Open Educational Resources
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONG	Organização não-Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
OSC	Órgão de Soluções de Controvérsias
PAGSI	Plan d'Action Gouvernemental pour la Société de l'Information
PDE	Plano de Desenvolvimento da Educação
PIB	Produto Interno Bruto
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PNE	Plano Nacional de Educação
PNLD	Programa Nacional do Livro Didático
	Programa Nacional do Livro Didático para a Alfabetização de
PNLD EJA	Jovens e Adultos
PNLEM	Programa Nacional do Livro Didático para o Ensino Médio
REA	Recursos Educacionais Abertos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TIC	Tecnologias da Informação e Comunicação
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UN	United Nations
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a
UNESCO	Cultura
WBU	World Blind Union
WCT	WIPO Copyright Treaty
WHO	World Health Organization
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
WSIS	World Summit Information Society
WTO	World Trade Organization

RESUMO

Título: *Limites aos direitos de autor sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos. Estudo dos limites aos direitos de autor frente aos direitos de acesso ao conhecimento e à educação nos ordenamentos internacional e interno*

A presente dissertação se propõe a analisar a interação entre o sistema internacional de direitos humanos e o sistema internacional de propriedade intelectual e as implicações desta relação para o ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne especificamente aos direitos de autor e direitos conexos.

No ano em que o Acordo TRIPS completará vinte anos, é oportuna a reflexão a respeito da efetividade de suas regras, especialmente quanto à capacidade de interagir com os demais sistemas jurídicos internacionais, especialmente o sistema internacional de direitos humanos. A leitura da seção de princípios e regras gerais (especialmente do artigo 6º, referente à exaustão de direitos) e da seção relativa aos direitos de autor do Acordo TRIPS (especialmente do artigo 13, que estabelece a Regra dos Três Passos) parece indicar para a previsão de limites à exploração destes direitos em vistas dos objetivos de promoção do desenvolvimento e de equilíbrio de interesses entre, de um lado, autores e titulares e, de outro lado, utilizadores das obras artísticas e literárias protegidas.

Contudo, tem se verificado que o sistema internacional de propriedade intelectual tem caminhado na via contrária. Com a proliferação, particularmente na última década, de acordos bilaterais e de livre comércio, temos assistido à propagação indiscriminada das denominadas regras “TRIPS-plus”, caracterizadas pela previsão de padrões mais rígidos para a proteção da propriedade intelectual em comparação àqueles previstos pelas regras do sistema multilateral de comércio, o que tem dificultado a aplicação de regras mais flexíveis e que possibilitam mais facilmente a adoção de políticas públicas focadas no desenvolvimento econômico e social dos Estados-membros da OMC.

Em paralelo, visando a coibir eventuais abusos praticados pelos Estados em suas políticas de direitos de autor, o sistema internacional de direitos humanos que, por meio dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos e Sociais, busca estabelecer o equilíbrio dos interesses dos autores e usuários, em vista do aparente conflito entre os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões, caso dos direitos de autor e dos direitos de acesso ao conhecimento e à educação, respectivamente.

Neste sentido, destacam-se, além das ações promovidas pela UNESCO para a ampla disponibilização de material de educacional para instituições de ensino e bibliotecas,

a iniciativa capitaneada por Brasil e Argentina junto à OMPI, a conhecida “Agenda para o Desenvolvimento”, que tem revolucionado o modo como administrar as regras previstas nos tratados da OMPI, especialmente a Convenção da União de Berna. Por meio da Agenda para o Desenvolvimento foram propostas novas maneiras de se pensar e reconstruir o direito internacional da propriedade intelectual, levando em consideração o fortalecimento do domínio público, a disponibilização de material educacional em larga escala e acesso à informação por parte dos grupos hipossuficientes, começando pelos deficientes visuais.

Alinhado às discussões nos foros multilaterais, o Brasil está passando por uma fase de reforma da Lei de Direitos Autorais, a qual tem na revisão das limitações aos direitos de autor, consubstanciadas no artigo 46, um dos principais pontos de atenção e insatisfação social, em vista das restrições atualmente impostas para a reprodução integral de obras artísticas e literárias. Ainda, o sistema nacional de direitos de autor tem sido desafiado pelas novas tecnologias e formas de promover o acesso à educação no sistema público de ensino. Assim, a proposta de propagação do material de ensino por meio de recursos educacionais abertos, em que o autor ou titular autoriza, no momento da aquisição do material pelo Estado, a reprodução, atualização e distribuição futura do material didático, sem que seja necessária nova autorização a cada tiragem ou alteração do conteúdo pelo corpo de professores.

Em estrutura, o trabalho se divide em quatro capítulos. O primeiro capítulo (“Direitos de Autor na Ordem Internacional”) analisa o sistema internacional de propriedade intelectual, com foco nas regras internacionais relativas aos direitos de autor. O Segundo Capítulo (“Interface entre Direitos de Autor e Direitos Humanos”) aborda a presença dos fundamentos dos direitos humanos na estrutura dos direitos de autor e sua influência nas atuais demandas desta matéria. O terceiro capítulo (“Direitos de Autor sob a Perspectiva Constitucional”) analisa o sistema brasileiro de direitos de autor e as garantias fundamentais que envolvem este aparente conflito. Por fim, o quarto capítulo (“Limites na Prática”) apresenta o posicionamento da jurisprudência nacional e internacional sobre a matéria.

Palavras-chave: Direito internacional da propriedade intelectual. Convenção da União de Berna. Acordo TRIPS. Direitos de autor. Regra dos Três Passos. Acesso ao conhecimento. Limitações e exceções. Educação.

ABSTRACT

Title: *“Limits to Copyright from the perspective of international human rights law. Study of copyright’s limits considering the rights of access to knowledge and education in the international and national law systems”*

The main goal of this dissertation is to investigate the interaction between international human rights law and the international intellectual property system, as well as the implications of this relationship to Brazilian copyright system.

In the year when TRIPS Agreement is turning twenty years old, it is proper to reflect about the effectiveness of its rules, especially the ability to interact with other international legal systems, mainly the international human rights system. In the sections about general principles and rules (v. article 6, regarding exhaustion of rights) and copyrights (v. article 13, regarding Three Step-Test), TRIPS seems to indicate the limits for the exploitation of IP rights, bearing in mind promoting the development and balancing of the interests involved, mainly those related to authors and users of copyrights.

However, it has been found that the international intellectual property system has moved in the opposite direction. International trade system have witnessed the proliferation of bilateral and free trade agreements, which contain indiscriminate “TRIPS-plus” rules, more restrictive than the rules established for the multilateral system, which obstacles the implementation of more flexible rules focused on economic and social development, allowed by WTO system.

In order to curb abuses practiced by its Member States, the international human rights system, through the International Covenants on Civil and Political Rights and Economic and Social Rights, seeks to establish a balance between authors and users’ interests, considering the apparent conflict between fundamental rights of first and second dimensions, case of copyrights and access to knowledge and education, respectively.

In this sense, must be mentioned the actions promoted by UNESCO to make available educational materials for institutions and libraries, and the initiative headed by Brazil and Argentina, the well-know “WIPO Development Agenda”, which has proposed a revolution in the manner how States should interpret the rules established in the treaties administered by WIPO, mainly the Berne Convention. New ways of thinking and

rebuilding the international intellectual property law are being taken into account, like strengthening the intellectual goods in public domain, increasing the availability of educational material on a larger scale and conceding access to information to vulnerable groups, starting with visually impaired person.

Considering this scenario, Brazil is reforming its Copyright Law. The role of limitations to copyrights, embodied in the article 46, is one of most important issues in the mentioned reform, and society is expecting for structural changes, especially because of the general dissatisfaction with the restrictions imposed by law for the reproduction of intellectual works. Still, the national system of copyright has been challenged by new technologies and new ways to provide access to education in the public school system. Thus, proposals like Open Educational Resources, which allows the State, upon previous authorization from the author, to reproduct, update and distribute of educational materials in a large scale.

The dissertation is divided into four chapters. The first chapter (“Copyrights in the International Order”) analyzes the international intellectual property system, focusing on international copyright law. The second chapter (“Interface between Copyrights and Human Rights”) discuss the human rights framework and the influence of this system on IP Law. The third chapter (“Copyright according the Constitutional Perspective”) studies the Brazilian Copyright System considering the fundamental guarantees involved. Finally, the fourth chapter (“Limits in Practice”) analyzes national and international court cases about the matter.

Key words: International Intellectual Property Law. Berne Convention. TRIPS Agreement. Copyrights. Three Step-Test. Access to Knowledge. Limitations and Exceptions. Education.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
I. Apresentação do Problema e Contextualização	5
1. Histórico da Propriedade Intelectual	5
2. O papel da OMPI no contexto do comércio internacional	7
3. A proteção da propriedade intelectual na OMC	9
4. A era pós-TRIPS: influência dos acordos bilaterais e de livre comércio.....	11
II. Métodos de Estudo	13
III. Estrutura do Trabalho	13
 CAPÍTULO 1: DIREITOS DE AUTOR NA ORDEM INTERNACIONAL	15
1.1. Direitos de Autor: definições e características	17
1.1.1. A doutrina continental civil do <i>droit d'auteur</i>	17
1.1.2. Países de <i>common law</i> e o <i>copyright</i>	22
1.2. A estrutura econômica dos direitos de autor	24
1.2.1. <i>Fair use</i> e <i>Fair dealing</i> em direitos de autor	26
1.3. Direitos de Autor na Ordem Internacional.....	30
1.3.1. Convenção da União de Berna	30
1.3.2. Acordo TRIPS	33
1.3.2.1. A Regra dos Três Passos: acesso e desenvolvimento	35
1.3.2.2. Limitações e exceções em direitos de autor segundo o Acordo TRIPS: uma interpretação consistente com a Regra dos Três Passos	36
1.4. Outros Acordos Internacionais em Direitos de Autor	39
1.4.1. Acordos da OMPI: WCT e WPPT.....	39
1.4.2. Convenção Universal sobre o Direito do Autor	42
1.4.3. Os acordos bilaterais e de livre comércio: desafios para o direito de autor	43
1.4.3.1. NAFTA.....	45
1.4.3.2. AUSFTA.....	46

CAPÍTULO 2: INTERFACE ENTRE DIREITOS DE AUTOR E DIREITOS HUMANOS	49
2.1. A função primordial das Nações Unidas	51
2.1.1. A Carta das Nações Unidas	53
2.1.2. Declaração Universal de Direitos Humanos.....	56
2.1.3. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos.....	59
2.1.3.1 A importância do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para os Direitos de Autor.....	60
2.2. Educação: tema relevante na pauta dos direitos humanos	63
2.2.1. Aprendizagem em ambiente virtual	66
2.2.2. O papel da UNESCO na promoção do direito à educação.....	70
2.2.2.1. Convenção Multilateral para Evitar a Bitributação de Royalties de Direitos Autorais	71
2.2.2.2. Declaração de Grunwald	72
2.2.2.3. Recomendação sobre a Promoção e Uso do Multilinguismo e o Acesso Universal ao Ciberespaço.....	73
2.2.2.4. Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais	77
2.3. Interface entre direitos humanos e comércio internacional: aplicação em direitos de autor	78
2.3.1. Flexibilidades no comércio internacional	82
2.3.2. Princípio da exaustão e facilitação da importação paralela.....	83
2.4. Agenda da OMPI: comércio internacional enquanto instrumento de promoção do desenvolvimento	89
2.4.1. A proposta conjunta de Brasil e Argentina	90
2.4.2. Declaração do Milênio: preparação para a Agenda para o Desenvolvimento.....	92
2.4.3. Agenda para o Desenvolvimento.....	93
2.4.3.1. Projetos apresentados	96
2.4.3.1.1. Acordo para Facilitar o Acesso às Obras Publicadas por Pessoas com Deficiência Visual e Pessoas com Deficiência na Leitura de Materiais Impressos	97
2.4.3.1.2. Domínio Público	100
2.4.3.2. Projetos envolvendo bens de tecnologia da informação e da comunicação.....	103

2.4.3.2.1.	Bens de tecnologia da informação e da comunicação no Brasil.....	106
2.5.	A Proposta do Tratado sobre Acesso ao Conhecimento (A2K).....	108
CAPÍTULO 3: DIREITOS DE AUTOR SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....		112
3.1.	O sistema constitucional de direito de autor	113
3.2.	Liberdades fundamentais suscetíveis de proteção dos autores.....	120
3.2.1.	Direito de Propriedade	120
3.2.1.1.	Fundamentos do direito de propriedade	120
3.2.1.2.	Proteção dos interesses dos autores pelo direito de propriedade	120
3.2.2.	Direito de Liberdade de Expressão	121
3.2.2.1.	Fundamentos do direito de liberdade de expressão.....	121
3.2.2.2.	Proteção dos interesses dos autores e usuários da liberdade de expressão	122
3.2.3.	Direito de livre acesso à informação, educação e cultura	124
3.2.3.1.	Fundamentos dos direitos de livre acesso à informação, educação e cultura.....	124
3.2.3.2.	Direitos culturais	126
3.2.3.2.	Direito à Educação	128
3.2.3.3.	Direito de Acesso à informação	131
3.3.	O sistema jurídico infraconstitucional de direitos de autor.....	133
3.3.1.	Lei de Direitos Autorais	134
3.3.2.	Lei do Software.....	138
3.3.3.	Limitações aos direitos de autor: artigo 46 e seguintes da LDA.	141
3.3.3.1.	Limitações no direito norte-americano.....	147
3.4.	As principais alterações sugeridas para a modernização da legislação	151
3.5.	Novos métodos educacionais: as limitações em ambiente digital.....	152
3.5.1.	Modelos Econômicos para os materiais educacionais	154
3.5.2.	Os recursos educacionais abertos	157
3.5.2.1.	O Programa Nacional do Livro Didático e a Importância de Utilização dos REAs.....	159
3.5.2.2.	Projetos lei e a aplicação de novas formas de promover o acesso ao conhecimento e à educação no Brasil	162

CAPÍTULO 4: LIMITES NA PRÁTICA.....	167
4.1. Limitações aos direitos do autor na OMC e o âmbito de aplicação da Regra dos Três Passos: <i>United States — Section 110(5) Copyright Act (United States - Section 110(5) of US Copyright Act)</i> (DS 160).....	167
4.1.1. Resumo.....	167
4.1.2. Decisão do Painel.....	168
4.1.3. Contribuição para o ordenamento jurídico.....	169
4.2. Limitações aos Direitos de Autor no Brasil: Recurso Especial nº 964.404/ES Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino	170
4.2.1. Resumo.....	170
4.2.2. Garantias fundamentais em discussão.....	170
4.2.3. Decisão proferida pelo tribunal	170
4.2.4. Contribuições da decisão para o ordenamento jurídico	172
4.3. Limitações aos Direitos de Autor no Direito Comunitário Europeu: as implicações do caso Magill - Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP) v. Comissão da União Europeia (4 C.M.L.R. 718, [1995] All E.R. (EC) 416 (1995)) .	172
4.3.1. Resumo.....	172
4.3.2. Garantias fundamentais em discussão.....	172
4.3.3. Decisão proferida pelo tribunal	173
4.3.4. Contribuições da decisão para o ordenamento jurídico	173
4.4. Esgotamento dos Direitos de Autor no Direito Norte-Americano: <i>Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.</i> 654 F. 3d 210.....	175
4.4.1. Resumo.....	175
4.4.2. Garantias fundamentais em discussão.....	176
4.4.3. Decisão proferida pela Suprema Corte	176
4.4.4. Contribuições da decisão para o ordenamento jurídico	178
CONCLUSÃO	179
BIBLIOGRAFIA.....	184
1. Livros.....	184
2. Artigos de coletâneas, periódicos e revistas.....	191
3. Teses e Dissertações	201
4. Documentos oficiais e relatórios	201
5. Principais sites.....	205

INTRODUÇÃO

I. Apresentação do Problema e Contextualização

1. Histórico da Propriedade Intelectual

A proteção dos direitos de propriedade intelectual tem origem na Revolução Industrial, período em que se constatou a necessidade de unificação do regramento destinado a resguardar as invenções tecnológicas que tinham como fim o aumento da produção e, conseqüentemente, do lucro. Até então, as regras atinentes à matéria, além de serem quase que exclusivamente delimitadas ao âmbito doméstico, eram esparsas, o que não privilegiava o autor ou o inventor¹.

Em 1883 foi elaborado o primeiro tratado internacional com caráter multilateral, a Convenção da União da Paris², relativo à regulação dos bens da indústria e do comércio. Três anos mais tarde, em 1886, foi concluído o acordo internacional que visava a regular as relações de exploração de obras artísticas e literárias, a Convenção da União de Berna³. A CUB concretizou o pleito de mais de um século de artistas e literários pelo reconhecimento de autoria⁴, haja vista ansiarem ter suas obras e seus nomes difundidos por toda a região de sua atuação, como fruto de seu esforço e trabalho⁵.

¹ Ao abordar as peculiaridades do sistema normativo de proteção aplicado a esta categoria de bens, Stéphane P. Ladas entende que os direitos de autor, em conjunto com a propriedade industrial formam uma categoria especial de bens, distinta das categorias de bens instituídas à época do direito romano, quais sejam, direitos pessoais e direitos reais, advindo desta peculiaridade o termo “propriedade imaterial”. CF, LADAS, Stéphane P. *La Protection Internationale de la Propriété Industrielle*. Paris: E. De Boccard, 1933, p. 5.

² *Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial*. Decreto nº 75.572, de 8 de Abril de 1975. Desde a sua instituição, a Convenção da União de Paris foi objeto de seis revisões e uma emenda: Revisão de Bruxelas, de 1900; Revisão de Washington, de 1911; Revisão de Haia, de 1925; Revisão de Londres, de 1934; Revisão de Lisboa, de 1958; Revisão de Estocolmo, de 1967; e a emenda, de 1979.

³ *Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas*. Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. A Convenção foi revista em Paris (1896) e Berlim (1908), completada em Berna (1914), revista em Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971), e emendada em 1979.

⁴ De acordo Christophe Geiger, o século XIX foi marcado pela articulação por parte de nobres escritores, filósofos e jurista na busca do reconhecimento legal de autoria de suas obras. Cf. GEIGER, Christophe. *Droit d’auteur et droit du public à l’information. Approche de droit comparé*. Paris: Litec, 2004, p. 81.

⁵ Carlos Alberto Bittar destaca que o sistema normativo promovido pela Convenção da União de Berna, além de tratar da exclusividade concedida ao autor quando da exploração da obra, se caracteriza por ser bastante protecionista, haja vista limitar o alcance das convenções celebradas pelo autor visando à sua exploração, as quais são interpretadas restritivamente e a favor do criador da obra. em BITTAR, Carlos A. *Direito de Autor*. Atualizado por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Forense Universitária, 4ª ed., 008, p. 8-9.

O sistema das Convenções colaborou para o surgimento da diplomacia parlamentar⁶ e para alterações substanciais no direito internacional público, que deixou de ser um conjunto de normas destinadas exclusivamente à resolução de conflitos para também constituir um sistema normativo destinado a regular os atos de cooperação entre os Estados signatários. Contrariando a tradição internacional até então existente, as regras instituídas por meio das Convenções inovaram frente à estrutura normativa até então existente, prevendo em acordos internacionais normas de conteúdo técnico que tinham como destinatário final o indivíduo, e não os Estados soberanos. Tendo em vista tais normas visarem à uniformização do direito nacional dos países signatários, apresentavam forte caráter internacional privatista⁷.

Os efeitos econômicos da crise internacional de 1929 aliados às consequências devastadoras da Primeira Guerra Mundial foram latentes para o enfraquecimento do comércio internacional e, em maior escala, do sistema normativo internacional. A forte tendência liberal cedeu lugar ao protecionismo e a medidas de cunho essencialmente regionais. De modo a combater estas tendências e estabelecer um novo padrão para as relações econômicas e comerciais globais, foi assinado em 1947 o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade*), ou simplesmente denominado GATT, tratado multilateral que objetivava a adoção de medidas reguladoras voltadas para o comércio internacional pelos Estados e ele signatários.

Reflexo da formação da Organização das Nações Unidas (ONU) ocorrida em 1945, referido acordo deixou claro em seu texto que a instituição de uma organização essencialmente política não constituía fator suficiente para o desembaraço das relações

⁶ Por diplomacia parlamentar entende-se o desempenho, pelos parlamentos nacionais, de atividades em âmbito internacional cuja competência seria do poder Executivo. Essa é exercida em foros, a princípio, neutros: as sedes das organizações internacionais. Cf. PUTNAM, Robert D, “Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games”, in *International Organization*, v. 42, n. 3, 1988, p. 427 e ss..

⁷ Manuel Velasco, ao tratar das fontes do direito internacional, elucida que os tratados-leis instituem normas de caráter geral, as quais são aplicáveis a toda comunidade internacional ou parte dela, motivo pelo qual se distanciam dos tratados-contratos, haja vista estes preverem o intercâmbio de prestações àqueles que o ratificam. VELASCO, Manuel D. *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 10ª ed., 1994, p. 145. Assim, as mencionadas Convenções apresentam, concomitantemente, dois importantes fatores: a evolução no tratamento e normatização das matérias atinentes ao direito internacional privado e o aumento do interesse dos Estados em renunciar à faculdade de regular a matéria de forma independente e individual, demonstrando a importância na unificação da matéria no plano internacional. Neste sentido, Maristela Basso afirma que o ordenamento jurídico destinado à proteção dos bens de propriedade intelectual mantém sua unicidade ainda que o pensamento criador seja expresso de diferentes formas, haja vista ser um só e, por isso, possuir elementos comuns, motivo pelo qual os direitos que o protegem devem ter as mesmas identidade terminológica e construção teórica. BASSO, Maristela. *O Direito Internacional Da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, p. 32.

comerciais, razão pela qual se faziam também necessários mecanismos de equilíbrio para o comércio interestatal^{8 9}.

2. O papel da OMPI no contexto do comércio internacional

Com o encerramento da Segunda Guerra Mundial e a criação, em 1945, da Organização das Nações Unidas (ONU) e de outras organizações internacionais constituídas no período pós Segunda Guerra, a CUB e a CUP foram redirecionadas para novas funções na ordem internacional. Assim, em 1967, com a promulgação da Ata de Estocolmo, foi estabelecida a OMPI, com sede em Genebra, a qual herdou as competências inerentes aos órgãos administrativos previstos nas Convenções, os denominados BIRPI (*Bureaux Internationale por la Protection de la Propriété Intellectuelle*)¹⁰.

Em razão da relevância dos temas por ela tratados, em 1974, por meio da Resolução nº 3.346, da Assembleia Geral da ONU¹¹, a OMPI foi reconhecida como organização internacional especializada das Nações Unidas. Assim, foi oficializada a inclusão do tema “Propriedade Intelectual” no âmbito do sistema de promoção e proteção dos direitos

⁸ *Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio de 1947*. Lei nº 313, de 30 de julho de 1948. Neste sentido, a íntegra do Preâmbulo do Acordo GATT:

“Reconhecendo que suas relações no domínio comercial e econômico devem ser orientadas no sentido de elevar os padrões de vida, de assegurar o emprego pleno e um alto e sempre crescente nível de rendimento real e de procura efetiva, para a mais ampla exploração dos recursos mundiais e a expansão da produção e das trocas de mercadorias;

Almejando contribuir para a consecução desses objetivos, mediante a conclusão de acordos recíprocos e mutuamente vantajosos, visando à redução substancial das tarifas aduaneiras e de outras barreiras às permutas comerciais e à eliminação do tratamento discriminatório, em matéria de comércio internacional”

⁹ Visando aliar reconstrução e desenvolvimento econômico à redução das barreiras alfandegárias para facilitar as relações comerciais, adveio do GATT o Acordo de Bretton Woods, que instituiu o FMI (Fundo Monetário Internacional), instituição destinada à reconstrução e desenvolvimento, e o BIRD (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento), inicialmente destinado à reconstrução das economias dos países envolvidos nas duas guerras mundiais. Da análise da ordem econômica desenvolvida no período pós-guerra, Alberto do Amaral Jr. afirma haver ocorrido a articulação entre três níveis complementares: (i) subjetivo, representado na crença liberal de que o mercado é a forma mais eficiente na alocação de bens; (ii) objetivo, fundamentado no aumento dos fluxos econômicos e comerciais; e (iii) institucional, concretizado no desenvolvimento de instituições multilaterais, cujo objetivo residia em assegurar a realização dos fins propostos. AMARAL JR., Alberto. *A Solução de Controvérsias na OMC e a Aplicação do Direito Internacional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 14.

¹⁰ ABBOTT, Frederick, COTTIER, Thomas e GURRY, Francis. *The International Intellectual Property System*. Hague/ The Netherlands: Kluwer Law International, 1999, p. 303.

¹¹ Disponível em <<http://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html>>. Acesso em 17 de janeiro de 2013.

humanos, atestando a primazia do indivíduo na ordem internacional, bem como a busca pela harmonia entre os interesses públicos e privados¹².

Caberia à OMPI coordenar as reuniões diplomáticas entre os Estados-membros que dela fazem parte, bem como verificar se as normas relativas à propriedade intelectual adotadas em âmbito interno estariam de acordo com os princípios lançados pelos acordos internacionais por ela administrados. Porém, faltavam mecanismos de verificação do cumprimento dos deveres e obrigações dos Estados aos tratados administrados pela OMPI, o que resultou em críticas severas ao sistema adotado no direcionamento desta Organização¹³. Por esta razão, entre o final da década de 1970 e início da década de 1980, os temas relativos à propriedade intelectual foram incluídos na agenda comercial internacional, ganhando destaque durante a Rodada Uruguai¹⁴.

¹² De acordo com Maristela Basso, duas seriam as razões fundamentais da inclusão do Acordo TRIPS no GATT (e, posteriormente, na OMC): o interesse de completar as deficiências do sistema de propriedade intelectual da OMPI e necessidade de vincular de modo definitivo o tema ao comércio internacional. BASSO, Maristela, “O Regime Internacional de Proteção da Propriedade Intelectual da OMC/Trips”, in AMARAL JR., Alberto do (coord.). *A OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 135 e ss.

¹³ Neste sentido, Guido Soares, ao abordar o tema, questiona as competências delegadas para a OMPI, as quais, por serem essencialmente formais, fazem com que, ainda atualmente, a atividade de harmonização das normas sobre propriedade intelectual se restrinja apenas a assuntos técnicos, o que em muito dificulta o avanço normativo na matéria. SOARES, Guido, “O tratamento da propriedade intelectual no sistema da organização mundial do comércio: uma descrição geral do acordo TRIPS”, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário Empresarial*, ano 19, número 74, out/dez 1995, pp. 98-119.

¹⁴ A despeito das necessidades demonstradas por parte dos países desenvolvidos de órgão de solução de controvérsias em matérias envolvendo questões de comércio internacional, tanto o processo decisório até a instituição da OMC as discussões relativas ao acordo GATT se baseavam na igualdade de votos, inexistindo um órgão de solução de controvérsias especializado competente para a aplicação de sanções. Porém, com a abertura e a liberalização do comércio pelos países em desenvolvimento durante a década de 1970, cresceu o pleito por maior regulamentação do comércio internacional e, em consequência, o sistema GATT deixou de atender às expectativas dos atores internacionais e acabou por ser substituído pela OMC durante a Rodada Uruguai, oficializando o reconhecimento do tema da propriedade intelectual no âmbito do comércio internacional. THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2ª ed., 2001, p. 229; e UNCTAD/ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*. Cambridge University Press, 2005, p. 3;. Para CELSO LAFER, tal conduta mostrou que a tendência de negociações bilaterais cedeu espaço para o multilateralismo. LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 108.

3. A proteção da propriedade intelectual na OMC

A Rodada Uruguai¹⁵ é considerada o ciclo de negociações mais longo da história do GATT. Iniciada em 1986 e encerrada em 1994, produziu os efeitos mais radicais para o comércio internacional¹⁶: o GATT, considerado organização internacional de fato, cedeu seu lugar para Organização Mundial do Comércio (OMC), instituindo um novo sistema normativo de comércio, do qual o GATT veio a se tornar parte integrante enquanto tratado regulador do comércio internacional. Ao lado do GATT, foram estabelecidos duas novas frentes de regulação do comércio internacional: o GATS (*General Agreement on Trade in Services*), destinado a regular o comércio de serviços, e o TRIPS, relativo aos bens de propriedade intelectual. Conforme previsão do Acordo Constitutivo da OMC (Acordo de Marraqueche), todos estes tratados são de aceitação obrigatória a todos os Estados-membros, os quais têm por dever adaptar a sua ordem interna às disposições neles previstas¹⁷.

Durante as negociações na Rodada Uruguai, as diferenças de interesses entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento se mostraram claramente, o que, inclusive, influenciou na redação final das regras do Acordo TRIPS¹⁸. Surgiram três concepções sobre propriedade intelectual. De acordo com a primeira, liderada pelos os Estados Unidos, a proteção seria instrumento destinado a favorecer a inovação, as invenções e a transferência de tecnologia, independentemente dos níveis de desenvolvimento econômico dos países. Para a segunda visão, apresentada pelos países em desenvolvimento, o sistema de propriedade intelectual constituiria meio para assegurar a difusão de tecnologia através da previsão de mecanismos formais e informais de transferência. E em caráter

¹⁵ A Rodada do Uruguai, iniciada em 1986, tinha previsão de três anos de duração. No entanto, a incorporação de diversos objetivos na pauta de negociações prorrogou o prazo para conclusão, que somente ocorreu em 1994. Sua conclusão restou atestada em 26.000 páginas de regras, as quais englobavam temas diversos, dentre eles a propriedade intelectual. BARRAL, Welber. *De Bretton Woods a Seattle*, in BARRAL, Welber (org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 25.

¹⁶ A princípio, a proposta de instauração de uma rodada comercial para discutir eventuais pontos do comércio internacional não pareceu interessante aos países em desenvolvimento se mostraram resistentes. Porém, com o aumento das ameaças de sanções comerciais e retaliações por parte dos países desenvolvidos, bem como das ofertas de concessões em setores da economia considerados estratégicos pelos países em desenvolvimento, como agricultura e têxteis, o foro multilateral foi aceito como o mais adequado para a elaboração de normas destinadas a estabelecer níveis ou padrões de propriedade intelectual, e para aplicar as medidas necessárias para sua observância e sanções.

¹⁷ O Brasil ratificou os acordos em referência por meio da *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*, Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994.

¹⁸ MASKUS, Keith. *Intellectual property rights in the global economy*. Washington: Institute for International Economics, 2000, p 15-16.

intermediário, a terceira visão, defendida especialmente por Japão e União Europeia¹⁹, o sistema de propriedade intelectual deveria atuar como mecanismo de proteção e impedimento de abusos por parte dos titulares dos bens de propriedade intelectual, de modo a evitar a ocorrência de barreiras ao comércio e outras distorções²⁰.

Na realidade, nenhuma das concepções foi adotada em sua integralidade. Ao final das negociações, foi elaborado o projeto do Acordo TRIPS denominado “*Dunkel Draft*”, em que se procurou obter um ponto de equilíbrio entre os interesses dos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Neste sentido, à época a afirmação do então diretor-geral Arthur Dunkel de que “*all the parties ‘won’ and ‘lost’ important issues*”²¹.

Na consolidação da OMC enquanto organização internacional regulamentadora do sistema de comércio internacional, foram estabelecidos princípios essenciais para a sua plena compreensão: (i) nação mais favorecida, segundo o qual qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade que afete direitos aduaneiros ou outras taxas que são concedidos a um Estado-membro deverá ser estendido aos produtos similares comercializados com outro Estado-membro²²; (ii) tratamento nacional, regra por meio da qual é vedada a discriminação entre produtos nacionais e importados após a internalização dessas mercadorias no mercado destinatário, e (iii) *single undertaking*, por meio do qual é mantida a unidade do sistema normativo instituído, não sendo possível aos Estados-membros da OMC aderir a apenas parte dos Acordos assinados no âmbito desta organização sob pena de quebra de seu equilíbrio e lógica estrutural²³.

Importante destacar que a despeito das diferenças existentes, os sistemas de proteção dos direitos de propriedade intelectual da OMPI e da OMC são, na realidade, complementares²⁴. Tal efeito tem origem no próprio texto legal, haja vista o artigo 2.2 do

¹⁹ À época, Comunidade Europeia, tendo em vista o Tratado de Maastricht, assinado 7 de Fevereiro de 1992, ter entrado em vigor em 1º de novembro de 1993.

²⁰ AMARAL JR., Alberto. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

²¹ WTO. Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations. Gatt DOC.TNC/W/FA (20 December 1991).

²² THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*, cit., p. 33.

²³ Para Celso Lafer, o princípio do *single undertaking* outorgou efetividade jurídica à ‘codificação e desenvolvimento progressivo do direito econômico internacional público’ da Rodada do Uruguai, posto que lhe conferiu a natureza de um ordenamento jurídico unificado. Cf. LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*.cit, p. 135 e ss.

²⁴ A complementaridade não afasta os pontos de tensão entre OMPI e OMC, especialmente no que concerne à solução de disputas envolvendo matéria de propriedade intelectual, especialmente quanto à aplicação das regras presentes nos tratados destas organizações. Cf. ABBOTT, Frederick; COTTIER, Thomas; GURRY, Francis. *The International Intellectual Property System*. cit, p. 303.

Acordo TRIPS²⁵ dispor claramente que a sua assinatura não derroga as obrigações dos Estados-membros assumidas no âmbito da OMPI.

Porém, a complementaridade existente entre OMC e OMPI não impediu que surgissem insatisfações, estivessem elas relacionadas à diminuição das tarifas e aberturas do mercado internacional ou à expectativa de aumento dos padrões mínimos de proteção em matéria de propriedade intelectual. Em razão disso, se abriu espaço para o surgimento de um foro paralelo de discussão²⁶.

4. A era pós-TRIPS: influência dos acordos bilaterais e de livre comércio

Como artifício para deslocar as negociações envolvendo direitos de propriedade intelectual e tendo em vista a insatisfação dos países desenvolvidos com os resultados obtidos na Rodada Uruguai, especialmente quanto à previsão de padrões mínimos de proteção e de flexibilidades aos referidos padrões, se passou a adotar como nova estratégia a negociação a assinatura de acordos de livre comércio e acordos bilaterais de comércio de investimentos²⁷.

Referidos acordos, na realidade, fortaleceram os níveis de proteção, colocando o titular dos direitos de propriedade intelectual em situação mais favorável do que os usuários e interessados nestes mesmos direitos. Esta postura, adotada principalmente por Estados Unidos e União Europeia (Associação Europeia de Livre Comércio – EFTA)²⁸, resultou em prática comum nas negociações internacionais²⁹.

²⁵ “Nada nas Partes I a IV deste Acordo derrogará as obrigações existentes que os Membros possam ter entre si, em virtude da Convenção de Paris, da Convenção de Berna, da Convenção de Roma e do Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados.”

²⁶ BURELL, Robert e WEATHEARAL Kimberly. “Exporting Controversy? Reactions to the Copyright Provisions of the US-Australia Free Trade Agreement: Lessons for US Trade Policy”, in *Journal of Law, Technology and Policy*, University of Illinois, 2007, p. 259-319.

²⁷ BASSO, Maristela (orientadora). POLIDO, Fabrício B. P., *Contribuições ao estudo do direito internacional da propriedade intelectual na era Pós-Organização Mundial do Comércio: fronteiras da proteção, composição do equilíbrio e expansão do domínio público*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, p. 90, publicada em 8 de setembro de 2011.

²⁸ DRAHOS, Peter. “BITs and BIPS: Bilateralism in IP”, in *Journal of Intellectual Property*, vol 4, 2001, p. 791 e ss.

²⁹ De acordo com informações oficiais do Centro de Comércio e Compliance dos Estados Unidos e da Comissão de Comércio da União Europeia, assinados em regra com os países em desenvolvimento, atualmente estão em vigor acordos bilaterais e de livre comércio com os seguintes países: Argentina, Bolívia, Camarões, Egito, Equador, República Tcheca, Uruguai, dentre outros. Disponível em www.ustr.gov

Com a adoção de um viés de maior proteção aos autores e titulares de direitos de propriedade intelectual, restam prejudicados os instrumentos de exceção a tais direitos, previstos nos tratados multilaterais, impossibilitando o uso de mecanismos específicos para a promoção do desenvolvimento econômico e social de um Estado-membro³⁰.

Este é o caso, por exemplo, do uso da regra da exaustão de direitos com fins educacionais³¹. Ainda que com fundamento no artigo 6 do TRIPS os Estados-membros possam determinar os níveis de exaustão de direitos de propriedade intelectual a serem adotados em seu território (nacional, regional ou internacional), a fim de alinhar sua política comercial com os acordos bilaterais e de livre comércio, acabam por adotar um regime mais restritivo ao usuário³². Por esta razão, cabe à doutrina e ao entendimento jurisprudencial da OMC estabelecer limites a estas negociações quando atentatórias aos interesses precípuos de desenvolvimento dos países, retomando os objetivos discutidos na Rodada Uruguai.

Além disso, o enunciado literal das normas de propriedade intelectual do acordos bilaterais e de livre comércio parece impedir que os Estados-membros invoquem derrogações com fundamento nas regras do sistema multilateral de comércio, especialmente no que concerne à limitação de recursos humanos e institucionais nos ordenamentos nacionais, o que nitidamente contrasta com a liberdade estabelecida pelo TRIPS.

e <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/agreements/#_other-countries>. Acesso em 24 de maio de 2013.

³⁰ BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22.

³¹ Conforme explicado por Peter Yu, apesar do Acordo TRIPS ter deixado aberta a possibilidade dos Membros escolherem o seu regime de exaustão, aderir aos acordos bilaterais e de livre comércio significa partir de um patamar mínimo pré-determinado no texto destes acordos. YU, Peter K, "Currents and Crosscurrents in the Intellectual Property Regime", in 38 *Loyola of Los Angeles Law Review* 323, 2004. Disponível em <<http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol38/iss1/7>>. Acesso em 3 de junho de 2013.

³² Verifica-se que as normas sobre medidas de caráter tecnológico em matéria de direitos de autor têm sido "exportadas" a partir dos acordos de livre comércio negociados pelos Estados Unidos, em referência aos dispositivos do *Digital Millenium Copyright Act* de 1998. Referida lei norte-americana elevou consideravelmente os padrões relativos às tecnologias antielísivas dos mecanismos de proteção desenvolvidos para impedir a reprodução do conteúdo autoral na internet. Em CHRISTIE, Andrew, WALLER, Sophie, WEATHERALL, Kimberlee, "Exportando os Dispositivos da US Digital Millenium Copyright Act pelos Acordos de Livre Comércio", in RODRIGUES JR.; Edson B. e POLIDO, Fabrício B. P. *Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007, p. 187-200.

II. Métodos de Estudo

Para análise do tema serão utilizados os métodos histórico, comparativo e dedutivo. A pesquisa compreende amplo levantamento bibliográfico, documental e de normas. A multidisciplinaridade da temática requer a capacidade de mesclar temas sensíveis sob as óticas jurídica, econômica, social e política. Neste sentido, foram analisados no desenvolvimento do trabalho, além dos tratados internacionais relativos ao tema, as leis nacionais que abordam a questão, bem como as contribuições trazidas por projetos de lei e da jurisprudência, nacional e internacional.

III. Estrutura do Trabalho

No desenvolvimento da presente dissertação, objetiva-se discutir em que medida a interpretação integrativa do sistema internacional de comércio com o sistema internacional de direitos humanos pode contribuir para a promoção das flexibilidades concedidas pelo TRIPS, tendo como foco o direito à educação, fundamental por excelência.

Neste sentido, o **Capítulo 1** trata da dinâmica internacional de direitos de autor e as contribuições concedidas pelos tratados internacionais sobre direitos de autor, procurando identificar desde o início os interesses relevantes que levaram à redação dos artigos da forma como hoje são conhecidas. Neste contexto, será abordada a importância da Regra dos Três Passos para a promoção do equilíbrio entre os interesses de autores e titulares e dos usuários das obras artísticas e literárias, instrumento relevante para a aplicação de limites aos direitos de autor.

No **Capítulo 2**, analisamos o sistema internacional de direitos humanos com foco em direitos de autor. Alçado à categoria de direito fundamental, o direito à autoria tem sua previsão no artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo dever dos Estados e da sociedade a proteção e promoção de medidas que assegurem a proteção destes direitos. Os direitos de autor dialogam com outros direitos fundamentais de igual importância, dentre eles, o de acesso à educação, razão por que se fazem necessárias medidas que possibilitem o balanceamento de interesses. Dessa forma, serão analisadas as

medidas adotadas em âmbito internacional para a consecução destes dois importantes direitos fundamentais, com destaque para as ações da UNESCO, e mais recentemente, da Agenda da OMPI para o Desenvolvimento.

Para tratar da forma como o Estado Brasileiro tem internalizado as regras elaboradas em âmbito internacional, o **Capítulo 3** trata especificamente do sistema nacional de proteção dos direitos de autor. Para tanto, buscará identificar as principais garantias fundamentais que envolvem o tema e os sujeitos que a Constituição Federal busca proteger. No plano infraconstitucional, é destacada a análise dos limites aos direitos de autor, as implicações das novas tendências (especialmente da ampliação do ambiente digital) para os direitos de autor e o projeto de reforma da LDA, a influência da proteção dos direitos de autor para o sistema nacional e educação e os projetos em andamento para esta área.

Por fim, o **Capítulo 4** discutirá a forma como a jurisprudência nacional e internacional tem interpretado e aplicado as regras relativas aos limites aos direitos de autor, e em que tais medidas os julgados podem contribuir para uma visão balanceada dos diferentes interesses que circundam as relações envolvendo tais direitos.

CAPÍTULO 1: DIREITOS DE AUTOR NA ORDEM INTERNACIONAL

A importância da proteção dos bens de propriedade intelectual, especificamente dos direitos de autor, tem por fundamento o valor da informação. Assim, em se tratando de direitos autorais, estes bens não estão somente pautados no reconhecimento do autor enquanto idealizador da obra de caráter estritamente artístico e literário, por exemplo, livros, músicas e esculturas, conforme verificado nos primórdios do sistema de Convenções, mas também de bens de tecnologia, como compilações de arquivos e programa de computador. Seja uma ou outra categoria, há que se destacar que tanto obra de caráter artístico e literário quanto bens de tecnologia são considerados bens de interesse público.

Nos dias atuais, os bens protegidos por direitos de autor adquiriram maior complexidade, sendo razões para tanto a rápida possibilidade de atualização e o retorno econômico-financeiro que trazem ao seu autor – este último fator, senão o principal, um dos mais importantes para busca por parte dos países exportadores de direitos de propriedade intelectual para além dos parâmetros já previstos pelo Acordo TRIPS³³. Neste sentido, o posicionamento da UNESCO ao analisar os impactos negativos causados pela proteção excessiva dos direitos de autor³⁴:

“A criação e a autoria de bens do conhecimento estão em crescente importância porque são centrais para as informações e o conhecimento para as economias pós-modernas. O conceito de direitos de autor, originalmente destinado a proteger autores e editores de livros, tem sido estendido para incluir outros bens do

³³ De acordo com Josef Drexel, um dos efeitos naturais da proteção da Propriedade Intelectual é a obtenção de poder de mercado pelo titular e estímulo para a inovação – pensamento também aplicável aos direitos autorais – e também para o monopólio. Todavia, este autor ressalva que, em se tratando de acesso a estes bens, os titulares deveriam pensar menos em infrações aos seus direitos e mais em balanceamento destes direitos. DREXL, Josef. “Intellectual Property Rights as Constituent Elements of a Competition-based Market Economy”, in GHIDINI, Gustavo; GENOVESI, Luis M (coord.). *Intellectual Property and Market Power: ATRIP papers 2006-2007*. Buenos Aires: Eudeba, 2008, p. 167 – 178.

³⁴ No mesmo sentido, KAMPERMAN, Anselm. “The Development Agenda for Intellectual Property: Rational Humane Policy or ‘Modern-day Communism?’”, in SANDERS, Christophe; KAMPERMAN, Anselm (eds.). *Intellectual Property and Free Trade Agreement*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2007, Institute of European Studies of Macau, p. 3-25. Analisando a relação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento no caso *China – IP Rights*, o Grupo Especial decidiu que a comprovação de violações ao artigo 61 do Acordo TRIPS pela China, em se tratando da adoção de regras internas de aplicação dos direitos de propriedade intelectual, dependeria da análise casuística do conceito “escala comercial”, devendo ser levado em conta as circunstâncias, a natureza do produto e o avanço na escala de violações.

conhecimento como programas de computador e filmes... Os direitos de autor têm emergido como um dos mais importantes meios para regular o fluxo internacional das ideias e de produtos baseados no conhecimento, e será o instrumento central para as indústrias do conhecimento do século XXI. Aqueles que controlam os direitos de autor têm uma vantagem significativa na economia emergente, baseada em bens do conhecimento. O fato é que a titularidade dos direitos de autor está amplamente nas mãos da maioria das nações industrializadas e das grandes corporações de multimídia localizadas em países com baixos índices de renda per capita e em países pobres com pequenas economias e em significativa desvantagem.”³⁵

Assim, para os fins desse trabalho, os bens intelectuais³⁶ são compreendidos como os bens protegidos pelo Direito da Propriedade Intelectual, dos quais decorrem o monopólio e a exclusividade (razão porque também denominados “bens privados subjetivos”). Tais atributos, porém, não lhes retiram o caráter público, do qual decorrem como elementos como a “não rivalidade” e a “não exclusividade”, ou seja, o uso do bem intelectual por um indivíduo não exclui outro indivíduo do gozo pleno desse mesmo bem³⁷.

Tais características, ressaltadas pela perspectiva econômica quando da análise da relação entre propriedade e conhecimento significam que o acesso não deve se dar de modo privativo. Assim, o bem público deve ter permitir o uso coletivo de forma simultânea,

³⁵Tradução livre do texto: “The creation and ownership of knowledge products are of increasing importance because of the centrality of information and knowledge to post-industrial economies. The concept of copyright, originally intended to protect authors and publishers of books, has broadened to include other knowledge products such as computer programs and films... Copyright has emerged as one of the most important means of regulating the international flow of ideas and knowledge-based products, and will be a central instrument for the knowledge industries of the twenty-first century. Those who control copyright have a significant advantage in the emerging, knowledge-based global economy. The fact is that copyright ownership is largely in the hands of the major industrialized nations and of the major multimedia corporations placing low per capita income countries as well as smaller economies at a significant disadvantage.” UNESCO. World Information Report 1997/98. Paris: 1998, p.320. Disponível em <http://www.unesco.org/webworld/com_inf_reports/wirenglish/chap23.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2013.

³⁶ Por ser mais abrangente em relação a outras demais denominações doutrinárias, por exemplo, “bem imaterial” ou “bem incorpóreo”, esta última nomenclatura utilizada por Tulio Ascarelli (ASCARELLI, Tulio. Teoria della Concorrenza e dei beni immaterialilezioni di diritto industrial. Milano: Dott A. Giuffrè, 1960), a qual pode ser definida como “a fixação de uma criação intelectual protegida em um meio tangível.” (BARBOSA, Claudio R. *Propriedade Intelectual: Introdução à Propriedade Intelectual como Informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 12. Tal nomenclatura abrange todos os bens protegidos pela propriedade intelectual, bem como vincula tais bens a uma atividade criativa (obras literárias, patentes e modelos de utilidade, cultivares, marcas e demais criações), e não às características ausentes, como a matéria (imaterial) ou o corpo (incorpóreo).

³⁷ STIGLITZ, Joseph B. “Knowledge as a Public Good”, in KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A (coord.). *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st century*. United Nations Development Programme, New York: Oxford University Press, 1999, p. 308.

inclusive gratuitamente, de modo que o uso por parte de uma pessoa não reduza o gozo posterior por outra.

Porém, a utilização do bem pode ser excludente se sujeita a requisitos, como o estabelecimento de preços e a exigência de pagamento para uso, definidos ou não pelo Estado³⁸. Cabe, portanto, ao Estado, enquanto agente regulador, adotar medidas que possibilitem o crescimento econômico e o estímulo à criatividade do autor e compartilhamento das obras pelo titular sem que, no entanto, impeça o usuário de ter acesso ao conteúdo das obras gratuitamente ou a baixos custos em situações legítimas, impassíveis de conflito com os interesses do autor.

1.1. Direitos de Autor: definições e características

1.1.1. A doutrina continental civil do *droit d'auteur*

Presente tradicionalmente nos países de *civil law*, a doutrina do *droit d'auteur* se assenta na pessoa do criador, fundamentando os direitos de autor como direitos naturais do homem³⁹. Nesse sentido, a garantia de reconhecimento dada ao autor por meio da

³⁸ STIGLITZ, Joseph B, “Knowledge as a Public Good”, cit.

³⁹ Conforme destacado por Pollaud-Dullian, a doutrina francesa se pauta no reconhecimento dos direitos de autor como um direito natural e, portanto, direito humano fundamental, devendo por essa razão dialogar com os demais direitos fundamentais: “É claro que a oposição entre o direito natural e o positivismo também se verificam nesta matéria, mas podemos dizer que a doutrina clássica francesa do *droit d'auteur*, que se baseia na lei de 11 de março de 1957, aproxima-se da doutrina jusnaturalista. Se os direitos de autor são também direitos naturais, não é de surpreender que ele também alçado à categoria dos direitos humanos, que é um tipo de direito natural. Ambos interessam mais para o legislador que os relatórios sobre a prática do direito privado: no entanto, eles têm visam a um interesse específico, limitar a atuação do Estado ou do legislador na adoção de medidas que afetem os direitos dos autores. Também neutralizam o argumento de que os direitos de autor ameaçam outros direitos humanos e garantias fundamentais. Podemos também considerar que o direito de autor é, na realidade, um direito subjetivo, contrapondo a liberdade de criação e expressão: ambos, cada qual em seu próprio lugar, defendem e exaltam a criação individual e o criador. Mas são conceitos e técnicas jurídicas distintas. Portanto, a liberdade de expressão, de informação ou até mesmo a criação não podem ser equiparadas aos direitos de autor, pois se trata de um direito individual que limita as liberdades de forma legítima, precisa e proporcional.”. Tradução livre do texto: “Bien entendu, l’opposition entre les jusnaturalistes et les positivistes se reproduit aussi en la matière mais on peut dire que la doctrine classique du *droit d’auteur* français, dont est issue de la loi du 11 mars 1957, se rattache plutôt au jusnaturalisme. Si l’on voit dans le *droit d’auteur* un droit naturel, on n’est pas surpris qu’il soit aussi rangé dans la catégorie des droits de l’homme, qui est un avatar des droits naturels. Ces deux rattachements intéressent davantage le législateur que les rapports de droit privés en pratique: néanmoins ils ont un intérêt concret qui est de limiter les restrictions que l’État ou le législateur pourraient être tentés d’apporter aux droits des auteurs. Il permet aussi de neutraliser l’argument que tiré d’autres droits de l’homme ou de libertés contre la défense des droits des auteurs. On peut aussi considérer que le *droit d’auteur* constitue, dans l’ordre des droits subjectifs, le contrepoint de ce qu’est la liberté de création et de expression, dans l’ordre des libertés individuelles : tout deux, chacun dans son propre registre, défendent et exaltent la création et l’individu créateur. Mais il s’agit de concepts et de techniques juridiques bien distincts. C’est pourquoi, les libertés d’expression, d’information ou même de création ne peuvent être obviées au *droit d’auteur*, car celui-ci constitue un droit subjectif qui

concessão de direitos morais, os quais são impassíveis de disposição pelo autor, à oposição dos direitos patrimoniais, entendidos como direitos de exploração da obra sobre os quais o autor possui plena discricionariedade⁴⁰.

Originada na França, a doutrina do *droit d'auteur* tem por fundamento a concessão de privilégios reais para a elaboração de obras artísticas e literárias, por meio dos quais se tinha por bom hábito conceder a artistas e escritores os direitos sobre a exploração da obra elaborada⁴¹. Com o surgimento da imprensa e a possibilidade de reprodução da obra em larga escala, a necessidade de proteger os direitos do autor sobre a obra ganhou maior relevância, uma vez que artistas e literários passaram a reclamar da desnaturação de suas obras por terceiros por meio da reprodução desautorizada.

Em uma de suas primeiras decisões sobre o assunto, o Parlamento de Paris, em 5 de março de 1504, concedeu a Guillaume le Cop, autor de um almanaque, o direito de assinar a sua obra, estando subentendido o direito de controlar a reprodução, autenticar e autorizar a publicação por terceiros.⁴² A concessão de privilégios de exploração da obra conferiu aos autores, na realidade, o monopólio de impressão, venda e revenda, constituindo fator de exclusão em se tratando de difusão da informação⁴³.

limite ces libertés de façon légitime, précise et proportionnée.”. POLLAUD-DULLIAN, Frédéric. *Le Droit d'Auteur*. cit., p. 30-31.

⁴⁰ Nesse sentido, Stéphane P. Ladas, p. 45: “Este direito compreende os atributos de ordem intelectual e moral, especialmente os atributos de ordem moral.” Tradução livre do texto: “Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs de l'ordre moral.” LADAS, Stéphane P. *La Protection Internationale de la Propriété Industrielle*. cit., p. 45. Assim está no artigo L 111-1, do Código de Propriedade Intelectual Francês (lei n° 92-597, de 1° de julho de 1992):

L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code.

L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'oeuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France.

⁴¹ LUCAS, Andre; LUCAS, Henri-Jacques; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*. Paris: Lexis Nexis, 2012, 4° edição, p. 5.

⁴² Parlement de Paris. Jehan Boissier v. Guillaume le Cop. In *Le Parlement de Paris: sa compétence et les ressources que l'érudition trouvera dans l'inventaire de ses archives*. Paris: Typographie de Henri Plon, 1863, p. xliij.

⁴³ De acordo com VIVANT, a preocupação com a difusão do conhecimento e o controle por parte de seus autores já estava presente no reinado de Luís XIV, conforme consta no documento de concessão de privilégio ao editor Jean Baptiste Coignard: “d’encourager (...) les éditions de livres utiles au public pour l’avancement des sciences et des belles-lettres qui ont toujours été florissantes dans notre Royaume.”. VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean Michel. *Droit d'auteur et droits voisins*. Paris: Dalloz, 2a.ed., 2013, p. 24. Cf. POLLAUD-DULLIAN, Frédéric. *Le Droit d'Auteur*. cit., p. 5-6;

Já para a teoria contemporânea francesa do *droit d'auteur* (“*nouveau style*”), os direitos de autor devem ser interpretados a partir de uma perspectiva mais abrangente. De acordo com essa nova visão, a propriedade intelectual ocuparia espaço central na economia imaterial, não sendo possível restringir a proteção desses direitos somente às obras conhecidas tradicionalmente, quais sejam, as obras artísticas e literárias, mas é preciso estendê-la a novas modalidades que tenham por objetivo movimentar a economia e estimular o desenvolvimento científico e tecnológico⁴⁴.

Assim, não se pode ignorar a importância do advento do Acordo TRIPS para a alteração no cenário dos bens protegidos por direitos de autor⁴⁵. Porém, essa abordagem não afasta a obrigatoriedade dos titulares desses direitos de atuar dentro dos limites à exploração previstos pelo mesmo acordo, cabendo a cada Membro da OMC adequar o seu sistema nacional. Dessa forma, alguns deles estabelecem uma lista taxativa de limites à exploração dos direitos de autor pelo titular, como a França⁴⁶, ao passo que outros

⁴⁴ POLLAUD-DULLIAN, Frédéric. *Le Droit d'Auteur*. cit., p. 62.

⁴⁵ Dados do último relatório elaborado pela Comissão Francesa de Economia do Imaterial, publicado em dezembro de 2006, indicam que o uso de novas formas de tecnologia para a exploração dos direitos de autor, como a transmissão por cabo ou a reprodução por mídia resultou em aumento de 30% (trinta por cento) no período de 2002 a 2004. LEVY Maurice; JOUYET Jean-Pierre. *L'économie de l'Immatériel : La Croissance de Demain*. Paris: Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, décembre 2006, p. 88. Disponível em <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000880/>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2013.

Ainda, de acordo com relatório publicado pela Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento – UNCTAD publicado em 2010, os valores de exportação das indústrias consideradas “criativas”, isto é, aquelas aumentaram em 14,4% no período compreendido entre 2003 e 2008, de 267,175 milhões para 592,079 milhões. UNCTAD, *Creative Economy Report 2010*. United Nations, 2010. Disponível em <http://unctad.org/es/Docs/ditctab20103_en.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2012.

⁴⁶ Artigo L122-5 (modificado pela lei n° 2011-1898, de 20 de dezembro de 2011):

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

- 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;
- 2° Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'oeuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique;
- 3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source:
 - a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées;
 - b) Les revues de presse;
 - c) La diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles;
 - d) Les reproductions, intégrales ou partielles d'oeuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les oeuvres d'art mises en vente;
 - e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'oeuvres, sous réserve des oeuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des oeuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que

l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10;

4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre;

5° Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat;

6° La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'oeuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des oeuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre;

7° La reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'oeuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, dont le niveau d'incapacité est égal ou supérieur à un taux fixé par décret en Conseil d'Etat, et reconnues par la commission départementale de l'éducation spécialisée, la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ou la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles, ou reconnues par certificat médical comme empêchées de lire après correction. Cette reproduction et cette représentation sont assurées, à des fins non lucratives et dans la mesure requise par le handicap, par les personnes morales et les établissements mentionnés au présent alinéa, dont la liste est arrêtée par l'autorité administrative.

Les personnes morales et établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7° doivent apporter la preuve de leur activité professionnelle effective de conception, de réalisation et de communication de supports au bénéfice des personnes physiques mentionnées au même alinéa par référence à leur objet social, à l'importance de leurs membres ou usagers, aux moyens matériels et humains dont ils disposent et aux services qu'ils rendent.

A la demande des personnes morales et des établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7°, formulée dans les dix ans suivant le dépôt légal des oeuvres imprimées, les fichiers numériques ayant servi à l'édition des oeuvres dont la date de dépôt légal est postérieure au 4 août 2006 sont déposés au Centre national du livre ou auprès d'un organisme désigné par décret.

Le Centre national du livre ou l'organisme désigné par décret conserve sans limitation de date les fichiers numériques ayant servi à l'édition de ces oeuvres et les met à la disposition des personnes morales et des établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7° dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Il garantit la confidentialité de ces fichiers et la sécurisation de leur accès.

Les personnes morales et les établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7° détruisent les fichiers mis à leur disposition une fois effectué le travail de conception, de réalisation et de communication de supports au bénéfice des personnes physiques mentionnées au même premier alinéa;

8° La reproduction d'une oeuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial;

9° La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une oeuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur.

Le premier alinéa du présent 9° ne s'applique pas aux oeuvres, notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information.

Les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés.

Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Les modalités d'application du présent article, notamment les caractéristiques et les conditions de distribution des documents mentionnés au d du 3°, l'autorité administrative mentionnée au 7°, ainsi que les conditions de désignation des organismes dépositaires et d'accès aux fichiers numériques mentionnés au troisième alinéa du 7°, sont précisées par décret en Conseil d'Etat.

procuram conceder maior espaço para os órgãos julgadores, tal como se verifica nos países de *common law*.

Os direitos de autor, tal como os demais bens de propriedade intelectual, conferem valor de mercado à obra, diferenciando-a dos bens de uso comum. Garantir ao autor o uso de sua obra pelo período de, no mínimo, 50 (cinquenta) anos, na realidade, significa conceder ao autor a reserva de potencial mercado para a exploração da obra. Esse aspecto adquire maior seriedade ao se considerar o controle prévio que realizado pelo titular quanto ao surgimento de futuras obras derivadas que contenham importantes inovações frente à obra paradigma⁴⁷.

Todavia, não se pode deixar de considerar que tal “reserva” tem sido combatida. Posicionamentos mais radicais afirmam que se trataria do fim da proteção dos direitos de propriedade intelectual⁴⁸. Contudo, para Michel VIVANT, tal visão não se encontra de acordo com o sistema de proteção de direitos de autor, pois é natural e esperado que o autor receba remuneração e pela elaboração de uma obra. Igualmente, espera-se que a reprodução não autorizada e prejudicial da obra seja combatida:

“O que é, então ? A verdade, sem sombra de dúvida, como também observam os economistas, é que isto depende do setor de criação e dos tipos de obra: a audiovisual, por exemplo, não permite tanta extensão quanto a aquela elaborada pelo pintor como tela que cria sozinho em seu estúdio, independentemente dos incentivos oferecidos pelos direitos de autor. Há obras que surgem porque o autor se sente à vontade para criar. As condições criadas pela lei em nada contribuem. Mas, no caso de um jogo eletrônico que envolve o investimento de vinte milhões de euros, é compreensível que a existência ou não de proteção constitui elemento relevante, senão o principal. Incentivo? Sem incentivo? Depende.”⁴⁹

Da lista prevista em lei, VIVANT ressalta ser necessário diferenciar entre exceções, limites e limitações. Enquanto as exceções correspondem à hipótese em que o legislador afasta a exclusividade do direito, seja em razão de não considerar oportuno expandir o monopólio ou porque se busca conciliar a exploração pelo titular com outros valores fundamentais. VIVANT, Michel; NAVARRO, Jean-Louis. *Code de la Propriété Intellectuelle*. Paris: NexisLexis, 2012, p. 215.

⁴⁷ VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean Michel. *Droit d'Auteur et Droits Voisins*. cit., p. 13.

⁴⁸ BREYER, Stephen, “The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs”, in *Harvard Law Review* 84, 1970, (2): 281–355; KINSELA, Stephan. “Against Intellectual Property”, disponível em <<http://mises.org/document/3582>>, acesso em 3 de julho de 2013.

⁴⁹ Tradução livre do trecho: “Quén est-il donc? La vérité, sans nul doute, est, comme le font d'ailleurs observer les économistes, que cela dépend du secteur de création considéré et du type de création en cause: la création audiovisuelle, par exemple, ne se fera qu'à l'abri du droit d'auteur alors que le peintre qui brosse

A discussão, portanto, deve se pautar sobre o uso de mecanismos previstos pelo contexto internacional e também pela legislação nacional, fundados em razões legítimas para o uso excepcional da obra sem que seja necessária a prévia e expressa autorização do autor.

1.1.2. Países de *common law* e o *copyright*

Para os países de *common law*, a consciência de que o autor deveria ter direito exclusivo de cópia sobre a sua criação surgiu no fim do século XVII. Durante os primeiros anos da indústria da cópia – a imprensa – foi desenvolvido o seguinte padrão: o empresário adquiria a obra junto ao respectivo autor, e organizaria a edição e as vendas.

Tal como na França, o Reino Unido até então se utilizava da concessão real de privilégios de exploração da obra, o que permitia aos editores (denominados tradicionalmente como “*stationers*”) a reprodução autorizada em larga escala. Por essa razão, obviamente, os editores eram os maiores defensores dos direitos exclusivos do autor contra a produção não autorizada de cópias⁵⁰.

A perda do poder dos editores ocorreu em 1694 com a não renovação da autorização para a edição de cópias, o que os levou a pleitearem este direito, surgindo a expressão “*copy-right*”. Em razão da influência que tinham no Parlamento, em 1710, com a promulgação do famoso Estatuto da Rainha Ana, *Copyright Act*, os editores recuperaram o direito exclusivo de reprodução, cujo período era de 21 (vinte e um) anos para os livros já existentes e de 14 (quatorze) anos, renovável uma vez por igual período, para os livros inéditos.

A princípio, o *Copyright Act* foi interpretado pelos tribunais como norma suplementar, aplicável aos casos em que, mediante a alegação de concorrência desleal, as

as toile seul dans son atelier créera sans considération de ce que lui offre ce droit. Il est des oeuvres qui naissent parce que l’auteur sent le besoin irrépressible de créer. Le cadre juridique ne fait rien à l’affaire. Mais, dans l’ecas d’un jeu vidéo qui suppose 20 millions d’euros d’investissement, on conçoit bien que l’existence ou l’inexistence d’une protection offerte à celui-ci est un élément fort, sinon majeur de la prise de décision. Incitatif? Non incitatif? C’est selon.” VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean Michel. *Droit d’Auteur et Droits Voisins*. cit., p. 8.

⁵⁰ De acordo com Cornish, Llewelyn e Aplin, os editores formaram uma aliança com Crown, em 1536, a fim de impedir a importação de livros estrangeiros. Anos mais tarde, em 1556, obtiveram a autorização para a criação da *Stationery’s Company*, que além de controlar a reprodução de obras impressas, destruiu os livros editados sem autorização. Cf. CORNISH, William, LLEWELYN, David e APLIN, Tanya. *Intellectual Property: Patents, Copyrights Trademarks and Allied Rights*. London: Sweet & Maxwell Limited, 7a. ed., 2009, p. 400-401.

partes poderiam comprovar com facilidade quando ocorreu a primeira publicação da obra objeto do litígio. Contudo, os tribunais mudaram seu entendimento no caso *Donaldson v. Becketty*⁵¹, em que se esclareceu que, na realidade, o *Copyright Act* tinha como função limitar no tempo a exploração dos direitos de reprodução, iniciando a sua contagem da data da primeira publicação. Essa decisão foi uma importante vitória para aqueles que defendiam o equilíbrio entre o interesse público e a exclusividade de comercialização das obras pelos editores⁵².

Nos anos seguintes, o período de proteção dos *copyrights* aumentou para: 28 (vinte e oito) anos em 1814; 42 (quarenta e dois) anos em 1842; 50 (cinquenta) anos em 1886 (atendendo à revisão da CUB de Berlim de 1908), mantido no *Copyright Act* de 1911; e 70 anos em novembro de 2013. Normas como *Copyright Act* de 1956 e o *Copyright Designs and Patent Act*, de 1988, buscaram estender o escopo de proteção dos direitos autorais a outras categorias de obras artísticas e literárias, como as obras digitais, cinematográficas e de radiodifusão⁵³.

Nos Estados Unidos, a Constituição concedeu poder ao Congresso para regular os direitos de autor⁵⁴, que promulgou a primeira lei federal em 1790, cujo período de proteção era de 4 (quatorze) anos, suscetível de renovação. Em 1831, o termo inicial foi estendido para 28 (vinte e oito) anos sem renovação, norma alterada em 1909 para garantir a renovação por igual período. Em 1962, o termo foi estendido para 47 (quarenta e sete) anos sem direito à renovação. Em 1976, por meio do *Copyright Act*, foi fixado o prazo máximo de 50 (cinquenta) anos, e mediante o *Copyright Term Extension Act*, de 1998, conhecido também como “*Sonny Bonno Act*”, tal período foi estendido para 70 (setenta) anos⁵⁵.

⁵¹ *Donaldson v. Beckett*. Proceedings in the Lords on the Question of Literary Property, February 4 through February 22, 1774.

⁵² CORNISH, William, LLEWELYN, David e APLIN, Tanya. *Intellectual Property: Patents, Copyrights Trademarks and Allied Rights*. cit., p. 401.

⁵³ CORNISH, William, LLEWELYN, David e APLIN, Tanya. *Intellectual Property: Patents, Copyrights Trademarks and Allied Rights*.cit., p. 408.

⁵⁴ Assim consta no artigo I, seção 8 da Constituição dos Estados Unidos: “To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing *for limited Times* to Authors and Inventor the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.”. U.S. Constitution. Disponível em http://www.usconstitution.net/xconst_A1Sec8.html. Acesso em 29 de janeiro de 2013.

⁵⁵ Para LANDES & POSNER a expressão “for limited times”, presente na Constituição dos Estados Unidos, não é clara, pois ainda que os copyrights estejam sujeitos a limitação temporal, definida no tempo, poderiam ser renovados por períodos consecutivos, tal como ocorreu no Reino Unido com as autorizações concedidas para a Stationery’s Company durante os séculos XVI e XVII. LANDES William M.; POSNER, Richard A., “Indefinitely Renewable Copyright”, in John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 154, August 2002. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em 29 de janeiro de 2013.

Preocupados com a forma de administrar e controlar a exploração dos *copyrights*, em 1870, o Congresso instituiu o *Copyright Office*, órgão ligado à Biblioteca do Congresso (*Librarian of Congress Ainsworth Rand Spofford*) dos Estados Unidos e responsável por conceder o registro às obras artísticas e literárias. De acordo com dados oficiais, desde a sua criação, o *Copyright Office* possui em seus registros mais de trinta milhões de obras, nas suas mais variadas expressões, como livros, filmes, músicas, mapas, gravuras e obras computadorizadas, sendo considerado atualmente um dos maiores órgãos de controle dos direitos de autor nos Estados Unidos⁵⁶.

O viés econômico presente na teoria dos *copyrights* é evidente ao comparado àquele verificado na tradicional doutrina francesa do *droit d'auteur*. Se nessa última há grande preocupação com o reconhecimento da autoria não se nota no sistema de *copyrights*, em que a exploração econômica da obra possui espaço central⁵⁷. Justamente pela óptica econômica são explicados os limites aos direitos do autor nos países de *common law*, conforme será abordado no tópico seguinte.

1.2. A estrutura econômica dos direitos de autor

Para o movimento doutrinário *Law and Economics*⁵⁸, os bens intelectuais devem ser analisados a partir do impacto que o reconhecimento da titularidade dos autores apresenta sobre a produção desses bens⁵⁹.

Assim, as premissas econômicas constituem importante ferramenta, pois resultam em maior poder de decisão e afastam as incertezas⁶⁰, haja vista atuarem como fator de

⁵⁶ Librarian of Congress Ainsworth Rand Spofford. Disponível em <<http://www.loc.gov/about/history.html>>. Acesso em 31 de janeiro de 2013.

⁵⁷ VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean Michel. *Droit d'Auteur et Droits Voisins*. cit., p. 31

⁵⁸ Com maior aplicabilidade nos países de *common law*, notadamente nos Estados Unidos, de acordo com os referidos autores, o movimento *Law and Economics* surgiu nos anos de 1958 (primeiro ano da publicação do periódico *Journal of Law and Economics*) e 1973 (ano da primeira edição do livro de autoria de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*). POSNER, Richard. *Frontiers of the Legal Theory*. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2004, p. 32.

⁵⁹ LANDES, William; POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press. 2003, p. 22. Cf. CENTRE FOR COPYRIGHT STUDIES LTD. AND ALLEN CONSULTING GROUP. *Economic Perspectives On Copyright Law*, 2003, p. 29

⁶⁰ De acordo com os acadêmicos que estudam esta relação, há que se diferenciar entre “*economics of copyright*” e “*economics of copying*”. Enquanto primeiro conceito tem por foco as características dos direitos de autor, o último dialoga com os efeitos econômicos sobre os mercados para os bens ditos “originais”, devido à habilidade de fazer cópias usando de meios técnicos de reprodução. Obviamente, estes conceitos estão ligados entre si, haja vista que a possibilidade de uso desautorizado é a razão de ser dos direitos de autor e a as mudanças na reprodução dos meios tecnológicos afetam a eficiência e a importância do sistema de direitos de autor. HANDKE, Christian, STEPAN, Paul e TOWSE, Ruth, “Development of the Economics

regulação, previsão e segurança. Por isso, são considerados aspectos positivos da referida doutrina a capacidade de explicar e prever o comportamento dos agentes participantes no sistema normativo analisado e, por meio dos resultados obtidos, buscar melhorias na lei com a propositura de reformas e soluções até então não imaginadas.

Em se tratando dos direitos de autor, a relação entre a busca de resultados e a sugestão de melhorias está pautada nas condições de elaboração das cópias de uma obra protegida. Nesse sentido, de acordo com LANDES & POSNER, primeiramente há que distinguir *economics of copying* e *economics of copyright*. Enquanto *economics of copyright* se relaciona diretamente com os principais atributos dos direitos de autor, *economics of copying* se refere aos efeitos econômicos da obra original no mercado em vista do uso de meios técnicos de reprodução⁶¹.

A perspectiva de direitos de autor enquanto bens de interesse público, estacada anteriormente, está diretamente relacionada com a busca pelo desenvolvimento e o crescimento social, razão por que há que se analisar as três potenciais mudanças⁶²:

- (i) Tamanho do mercado: quanto menor o mercado, maior a facilidade de identificação da autoria pelos destinatários dos bens. A demanda por cópias depende da quantidade disponibilizada de cópias e da existência de obras competitivas. Quanto maior o número de obras competitivas, menor será a demanda por cópia de qualquer trabalho⁶³;
- (ii) Custo de informação sobre a qualidade de bens e serviços: o custo é proporcional à oferta de produtos no mercado (se maior o custo, mais vasta será a oferta), o que exige especialização, variedade e complexidade e pulveriza as informações que os consumidores tenham sobre o mercado e o modo de produção dos bens que consomem. Nessa situação, saber “quem está produzindo” adquire relevância, resultando no fenômeno econômico “*credence goods*”, em que o consumidor, por não apresentar conhecimentos acerca dos atributos e qualidades dos produtos disponíveis no mercado, passa a adquiri-los somente com base na fama que estes possuem⁶⁴; e

of Copyright”, in DREXL, Josef (coord.). *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*. Cheltenham, United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2008, p. 373 - 404

⁶¹ LANDES, Willian; POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. cit., p. 325.

⁶² POSNER, Richard. *Frontiers of the Legal Theory*. cit., cit, p. 43.

⁶³ LANDES, Willian; POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. cit., p. 39

⁶⁴ UNCTAD. *Ad Hoc Expert Meeting on Consumer Protection: Deliberations on the revision of the United Nations guidelines for Consumer Protection*. Geneva: United Nations, 2012.

- (iii) Custos despendidos por aqueles que procuram reconhecimento, o que incluem os meios de se restringir o acesso prévio à sua obra e o próprio investimento (os chamados custos de transação do criador).

Assim, *Law and Economics* em direitos de autor trata da busca pelo ponto ótimo de balanceamento entre incentivos positivos e negativos para a criatividade, de modo a equilibrar a proteção do autor e os custos impostos aos demais autores cujas obras sejam derivadas do trabalho do primeiro. Neste sentido, as limitações do tipo *fair use*, em que os limites ao direito de exclusividade do autor se encontram previstos em lei, o que torna despidendo o prévio consentimento do autor⁶⁵.

Ainda, na análise econômica envolvendo direitos de autor, cabe diferenciar entre “autor de fato”, considerado o real idealizador da obra de cunho artístico ou literário, e “autor que recebe a chancela legal”, isto é, o titular dos direitos de autor, autorizado legalmente para a exploração dos bens intelectuais, que pode não ser o autor da obra, desde que seja o responsável por desenvolver o mercado para a comercialização da obra⁶⁶.

Para os casos em que se trate de um mercado reduzido, no qual os consumidores não sejam suficientes para subsidiar o mercado, se faz necessária a intervenção governamental como agente formador de políticas de fomento, estimulando os autores a aumentarem a produção artística e literária em troca da possibilidade de se apropriarem dos benefícios sociais de seu trabalho.

1.2.1. *Fair use* e *Fair dealing* em direitos de autor

Como já mencionado, limitações do tipo *fair use* estão previstas em lei e permitem utilizar gratuitamente uma obra protegida sem que este ato constitua infração aos direitos de autor, ainda que o respectivo titular não tenha autorizado previamente a utilização⁶⁷. Presente nos países de *common law*, surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos, seção 17

⁶⁵HANDKE, Christian, STEPAN, Paul e TOWSE, Ruth, “Development of the Economics of Copyright”, cit., p. 373-404.

⁶⁶ ULRICH, Hanns, “Intellectual Property, Access to Information and Antitrust: Harmony, Disharmony, and International Harmonization”, in DREYFUSS, Rochelle e ZIMMERMAN, Diane L. *Expanding the Boundaries of Intellectual Property – Innovation Policy for the Knowledge Society*, New York: Oxford University Press, 2004, p. 377.

⁶⁷ LANDES William M.; POSNER, Richard A, “An Economic Analysis of Copyright Law”, in *Jornal of Legal Studies*, The University of Chicago Press, 2005.

do *U.S. Code, 1976 Copyright Act* (artigos 106 e 107⁶⁸), norma em que foram previstos uma série de fatores jurídicos, estabelecidos a partir da experiência jurisprudencial, a serem considerados para se identificar se o uso da obra por outros sujeitos que não o seu titular.

Para a teoria econômica da propriedade intelectual, porém, outros fatores não previstos na referida regra jurídica explicariam a lógica que permeia as limitações do tipo *fair use*⁶⁹:

O primeiro deles reside na análise dos custos de transação, caso em que as limitações *fair use* somente serão utilizadas se os custos para se obter a autorização do autor forem mais elevados que adquirir a totalidade da obra. Essa análise também se aplica ao autor: poderão lançar mão das limitações *fair use* nos casos em que os custos para negociar individualmente com os usuários sejam altos em comparação aos custos despendidos com o controle de suas obras por terceiros ou por órgãos administrativos.

O segundo aspecto se refere à produção de cópias de obras protegidas para uso pessoal, processo denominado *time-shifting* para obras de radiodifusão. Para essa hipótese devemos considerar o equilíbrio entre a exploração da obra pelo autor e o acesso à obra pelos usuários.

⁶⁸ 106. Exclusive rights in copyrighted works:

Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

- (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
- (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;
- (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;
- (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;
- (5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and
- (6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.

107. Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include:

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

⁶⁹ Cf. LANDES William M.; POSNER, Richard A, “An Economic Analysis of Copyright Law”, cit.

O terceiro aspecto se refere à elaboração de paródias, definidas como a imitação burlesca de uma obra. A dificuldade nesse caso reside em comprovar se constitui de fato uma limitação do tipo *fair use*, haja vista a possibilidade de substituição da obra original pela paródia.

Por fim, a redução dos custos na criação de novas obras, tendo em vista os esforços despendidos pelos novos autores quando para elaboração das obras derivadas. De acordo com a jurisprudência relacionada a essa doutrina, é preciso diferenciar entre a reprodução e o *fair use* produtivo. Enquanto a reprodução constitui infração aos direitos do autor, reduzindo consideravelmente os lucros do autor e o incentivo ao desenvolvimento de novos trabalhos, o *fair use* produtivo reduz os custos de expressão da obra e estimula a criação de novos trabalhos⁷⁰.

Em paralelo às limitações de tipo *fair use*, o sistema regulatório dos direitos de autor no Reino Unido prevê as limitações do tipo *fair dealings*, nos termos do *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988⁷¹. Segundo essas exceções, uma vez alegada a ocorrência de infração pelo titular, o usuário terá o ônus de provar a sua inocorrência, de forma que o uso da obra é considerado legítimo conforme a referida lei. É importante esclarecer que o termo se refere, na realidade, ao uso da obra protegida pelo autor e não a existência de qualquer transação, contratual ou não, entre as partes envolvidas.

⁷⁰ BESEN, Stanley M.; RASKIND, Leo J. "The Basic Economics of Intellectual Property", in *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, No. 1 (winter 1991), p. 3-27.

⁷¹ 29 Research and private study

(1) Fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work for the purposes of research or private study does not infringe any copyright in the work or, in the case of a published edition, in the typographical arrangement.

(2) Fair dealing with the typographical arrangement of a published edition for the purposes mentioned in subsection (1) does not infringe any copyright in the arrangement.

(3) Copying by a person other than the researcher or student himself is not fair dealing if—

(a) in the case of a librarian, or a person acting on behalf of a librarian, he does anything which regulations under section 40 would not permit to be done under section 38 or 39 (articles or parts of published works: restriction on multiple copies of same material), or

(b) in any other case, the person doing the copying knows or has reason to believe that it will result in copies of substantially the same material being provided to more than one person at substantially the same time and for substantially the same purpose.

30 Criticism, review and news reporting

(1) Fair dealing with a work for the purpose of criticism or review, of that or another work or of a performance of a work, does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement.

(2) Fair dealing with a work (other than a photograph) for the purpose of reporting current events does not infringe any copyright in the work provided that (subject to subsection (3)) it is accompanied by a sufficient acknowledgement.

(3) No acknowledgement is required in connection with the reporting of current events by means of a sound recording, film, broadcast or cable programme.

A identificação das limitações do tipo fair dealing não se resumem, porém, ao texto da lei, mas põem ser identificadas a partir da análise do caso concreto, pois além do enquadramento do uso às hipóteses previstas se exige que a utilização seja considerada “justo”⁷². Assim, são adotados como critérios as hipóteses jurisprudenciais de uso “justas”⁷³ e a análise do fim a que se propõe o uso obra.

Analisando os prós e contras do uso dessas limitações, BENTLY esclarece que elas podem promover e encorajar a criação de novas obras⁷⁴. Em outros casos, superam as falhas de mercado surgidas onde o uso economicamente ótimo não ocorreria por qualquer razão. Em sua opinião, este seria o caso de, por exemplo, situações em que os benefícios do acordo entre titular e usuário são mínimos em comparação aos custos de transação, que elevaria consideravelmente o valor de uma licença que poderia ser negociada entre as partes. Em outras situações, tais limitações são utilizadas como meio de proteção de interesses públicos, como o impedimento ao surgimento de monopólios e a proteção e a conservação de obras de patrimônio cultural e artístico.

Por outro lado, GEIGER⁷⁵, analisando a compatibilidade entre o sistema de exceções e limitações estabelecido por meio da Regra dos Três Passos com o sistema de exceções e limitações típico dos países de *common law*, alerta sobre a possibilidade de surgirem problemas, considerando que o primeiro requisito, “casos especiais”, exigiria a adoção de uma lista fechada de exceções. Porém, a aceitação da compatibilidade entre esses dois sistemas tem fundamento na história diplomática da CUB do Acordo TRIPS, cuja elaboração contou com a participação ativa dos Estados Unidos e do Reino Unido, deixando claro que seria muito improvável que eles pretendessem adotar uma norma radicalmente contrária à sua tradição jurídica.

⁷² De acordo com este autor, o caráter mais restritivo das exceções *fair dealings* constitui uma das principais diferenças em comparação às exceções fair use, que além de apresentarem caráter geral, são satisfeitas aos juízes entenderem se seria “justo” ou não. Cf. BENTLY, L; SHERMAN, B. *Intellectual Property Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 203.

⁷³ De acordo com a jurisprudência, o uso poderá ser considerado “justo” quando: (i) tratar-se de obras que já tenham sido publicadas; (ii) tenha sido obtida por meios lícitos; (iii) a quantidade e a qualidade do material obtido seja condizente com a utilização; (iv) os fins a que se destina o uso da obra também for justo; (v) os motivos que levaram o titular dos direitos de autor a alegar tratar-se de infração sejam, de fato, “justos”; (vi) o impacto do uso no mercado de atuação do titular; (vii) os objetivos que impulsionam o uso da obra não podem ser atingidos por outros meios.

⁷⁴ Cf. BENTLY, L; SHERMAN, B. *Intellectual Property Law*. cit., p.200

⁷⁵ GEIGER, , Christophe, “Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions”, in IIC 40, 6 (2009), 627-642.

1.3. Direitos de Autor na Ordem Internacional

A proteção internacional dos direitos de autor é caracterizada pela interação entre diferentes sistemas de direito internacional, relacionando diferentes organismos. Além das organizações integrantes do sistema das Nações Unidas, OMPI e OMC exercem um importante papel de regulação do comércio envolvendo bens protegidos por esses direitos, ao estabelecerem regras que visam ao equilíbrio de interesses entre titulares e usuários⁷⁶. A dinâmica normativa dos principais acordos assinados nos âmbitos das referidas organizações internacionais será analisada nos tópicos seguintes.

1.3.1. Convenção da União de Berna

Considerada a pioneira na previsão de regras específicas sobre direitos de autor em âmbito universal, a Convenção da União de Berna de 1886⁷⁷ inovou na ordem internacional ao preterir as práticas típicas de acordos bilaterais e regras de leis nacionais e estabelecer em seu texto princípios que visassem a regular a relação entre os Estados-membros signatários, como o princípio do tratamento nacional⁷⁸, criando uma “União para a proteção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas”⁷⁹.

⁷⁶ Além da Declaração dos Direitos Humanos (adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948) há que se destacar a importância da CUB, tratado administrado pela OMPI, e revisto em 1967 pela Ata de Estocolmo e alterado em 1971, e o Acordo TRIPS, um dos anexos da Ata Final que Incorpora aos Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994, promulgada pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

⁷⁷ Mesmo anteriormente ao primeiro tratado bilateral sobre direitos de autor, assinado em 1852, a França já tencionava desenvolver um tratado internacional sobre a matéria, tendo apresentado suas intenções em 1858 durante o Congresso de Autores e Artistas em Bruxelas. O movimento ganhou força em 1878 durante um Congresso em Paris presidido por Victor Hugo, que estimulou a criação da Associação Artística e Literária Internacional. Em 1882, durante um Congresso em Roma, promovido pela referida Associação, foi apresentada a primeira proposta formal de assinatura de um tratado universal na matéria, e em 1883 em Berna, Suíça, durante uma conferência internacional que durou cerca de três dias, foi elaborada a primeira minuta do tratado, contendo dez artigos. Foi assinada em 1886 inicialmente por dez países (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Haiti, Itália, Libéria, Reino Unido, Suíça, Tunísia), e entrou em vigor em 5 de dezembro de 1887. Cf. GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P. Brent. *International Copyright: Principles, Law and Practice*. New York: Oxford University Press, 2ª ed., 2010 p. 33-34.

⁷⁸ Stéphane P. Ladas, ao escrever sobre o contexto de elaboração da Convenção da União de Paris, destaca o sistema unionista visava a, principalmente, resolver duas principais questões: a aquisição de direitos de propriedade intelectual por estrangeiros e as questões relativas ao reconhecimento de direito adquirido pelo estrangeiro em razão das diferentes políticas legislativas, por meio das quais se promovia a exclusão de estrangeiros. Nesse sentido, a previsão de princípios fundamentados na reciprocidade colaboraram para aproximar as nações participantes. Cf. LADAS, Stéphane P. *La Protection Internationale de la Propriété Industrielle*. cit., p.18.

⁷⁹ Artigo 1º da Convenção de Berna.

O texto da CUB se destina aos autores que sejam nacionais dos Estados signatários da União, com obras publicadas ou não. Por obras artísticas e literárias, são compreendidas as “produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão”⁸⁰ desenvolvida em um dos países da União. Por sua abrangência⁸¹, além das obras tradicionalmente conhecidas, (livros, filmes e fonogramas, por exemplo, previstos em uma lista não exaustiva no artigo 2º da Convenção, combinado com o artigo 9º do Acordo TRIPS) estão incluídos os programas de computador, aos quais são aplicadas normas de caráter geral. Para evitar conflitos de jurisdição, é considerado país de origem aquele em que se deu a publicação da obra pela primeira vez.

A Ata de Berlim de 1908 trouxe importantes alterações. Em primeiro lugar, proibiu a imposição de formalidades como condição para aquisição, exploração e gozo dos direitos de autor, bem como estabeleceu o período mínimo de 50 (cinquenta) anos de proteção da obra após a morte do autor, introduziu a proteção das obras cinematográficas e o princípio da independência entre a proteção da obra na União e no território do nacional do Membro da União. A Ata de Roma de 1928 trouxe como contribuição o reconhecimento dos direitos morais como direitos mínimos a serem atribuídos aos autores e a Ata de Bruxelas de 1948 tratou das formas de difusão das obras por fonogramas.

As alterações de maior relevância se deram com a Ata de Paris de 1971. Por meio de referido documento foi dada nova redação ao artigo 6bis, referente aos direitos morais, e introduzido a Regra dos Três Passos que, conforme artigo 9.2 da Convenção⁸², constitui espaço criativo de atuação do legislador e do jurista na adoção de medidas limitativas e de exceção à fruição dos direitos de autor⁸³.

⁸⁰ Artigo 2º, item 1:

“Os termos “obras literárias e artísticas” abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.”

⁸¹ A Convenção de Berna não apresenta uma definição de autor, silêncio que se deve ao sentimento de evidência que permeava os primeiros signatários da Convenção, os quais assimilaram espontaneamente o autor ao criador da obra, como se a definição jurídica de autor devesse sempre coincidir com a definição comum, ou que se explicaria simplesmente pelo problema de não se relacionar com essa área, claramente perigosa para a coesão da União. Em Stephane P. Ladas, p. 1208.

⁸² “As legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.”

⁸³ Cf. GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P.Brent. *International Copyright: Principles, Law and Practice*.cit., p. 37.

O resguardo aos direitos morais e patrimoniais estão expressamente previstos no artigo 6bis da Convenção da União de Berna⁸⁴. Tais direitos, consubstanciados nos vínculos perenes que ligam o autor à sua obra, aliados aos direitos patrimoniais (isto é, direito à utilização econômica da obra por seu autor) atendem ao mandato de equilíbrio e coexistência e são restringidos em prol do interesse público. Estas limitações visam a impedir a concessão de direitos absolutos ao autor, coibindo abusos.

Também se verifica na CUB a previsão da possibilidade de uso das regras envolvendo direitos de autor para fins desenvolvimentistas. O artigo 20 integra à Convenção um Apêndice, no qual são asseguradas condições especiais aos países em via de desenvolvimento. De acordo com o artigo II do Apêndice⁸⁵, são permitidas licenças compulsórias para obras artísticas, literárias e audiovisuais com fins educacionais e de pesquisa, incluindo traduções da obra para o idioma oficial do país membro da União, ainda que disponível nesse território tradução elaborada por editora autorizada. A legitimidade do licenciamento compulsório se sujeita, todavia, a prévia solicitação ao titular, não sendo requisito essencial a resposta positiva⁸⁶.

⁸⁴ 1. Independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação. 2. Os direitos reconhecidos ao autor por força do parágrafo 1 antecedente mantêm-se, depois de sua morte, pelo menos até à extinção dos direitos patrimoniais e são exercidos pelas pessoas físicas ou jurídicas a que a citada legislação reconhece qualidade para isso. Entretanto, os países cuja legislação, em vigor no momento da ratificação do presente Ato ou da adesão a ele, não contenha disposições assegurando a proteção, depois da morte do autor, de todos os direitos reconhecidos por força do parágrafo 1 acima, reservam-se a faculdade de estipular que alguns desses direitos não serão mantidos depois da morte do autor.

⁸⁵ Artigo II.1: "Todo país que tenha declarado que invocará o benefício da faculdade prevista pelo presente artigo será habilitado, relativamente às obras publicadas sob forma impressa ou sob qualquer outra forma análoga de reprodução, a substituir o direito exclusivo de tradução previsto no artigo 8 por um regime de licenças não-exclusivas e intransferíveis, concedidas pela autoridade competente nas condições indicadas a seguir e de acordo com o artigo IV."

⁸⁶ Artigo IV. 1) Qualquer licença mencionada no artigo II ou no artigo III somente poderá ser concedida se o requerente, de acordo com as disposições em vigor no país em causa, provar ter pedido ao titular do direito a autorização de fazer uma tradução e de publicá-la ou de reproduzir e publicar a edição, conforme o caso, e, depois das devidas diligências de sua parte, não tiver podido encontrá-lo ou não tiver podido obter sua autorização. Ao mesmo tempo em que faz tal pedido ao titular do direito, o requerente deve informar qualquer centro nacional ou internacional de informação de que trata o parágrafo 2).

2) Se o titular do direito não tiver podido ser encontrado pelo requerente, este deve dirigir, pelo correio aéreo, em carta registrada, cópias do requerimento, apresentado por ele à autoridade competente com a finalidade de obter a licença, ao editor cujo nome figura na obra e a qualquer centro nacional ou internacional de informação que possa ter sido designado, numa notificação depositada para este fim junto ao Diretor-Geral pelo Governo do país em que se presume que o editor tenha seu lugar principal de atividades.

3) O nome do autor deve ser indicado em todos os exemplares da tradução ou da reprodução publicada sob o regime de uma licença concedida por força do artigo II ou do artigo III. O título da obra deve figurar em todos os exemplares. Se se tratar de uma tradução, o título original da obra deve em qualquer caso figurar em todos os exemplares.

Duras críticas foram feitas ao Apêndice, especialmente quantos aos obstáculos impostos aos países em desenvolvimento. Para Margareth CHON⁸⁷, o Apêndice à CUB restringe aos países estrangeiros o uso tradicional das obras artísticas e literárias em detrimento de suas capacidades e necessidades, não permitindo, por exemplo, que a licença compulsória seja utilizada para a importação de livros estrangeiros. Apesar de permitida pela CUB e pelo Acordo TRIPS, a importação paralela de edições de livros mais baratas de outros países poderia ser proibida pela lei doméstica ou submetida ao crivo de normas mais restritivas às limitações aos direitos de autor, advindas do sistema TRIPS-*plus*.

Ruth OKEDIJI⁸⁸, em complementação, recomenda a reforma do Apêndice para que reflita as mudanças de condições dos países em desenvolvimento e facilite o uso das licenças compulsórias. Para ela, a reforma deve, no mínimo: (i) eliminar o período de espera para que se obtenha o período de graça; (ii) eliminar a exigência de notificação do titular como requisito para a licença; (iii) reduzir os problemas de economia de escala na aceitação de pedidos de licença simultâneos para tradução e reprodução das obras; e (iv) expandir os fins a que se destina a licença, para abranger hipóteses envolvendo ensino, educação e pesquisa.

Tal análise também está presente na versão do Acordo TRIPS para a Regra dos Três Passos, instrumento normativo com grande relevância para o novo cenário dos direitos de autor.

1.3.2. Acordo TRIPS

No Acordo TRIPS, os direitos de autor estão previstos na Parte II, intitulada “Padrões Relativos à Existência, Abrangência e Exercício de Direitos de Propriedade Intelectual”, artigos 9 a 14, os quais incluem as obras artísticas e literárias tradicionalmente conhecidas, programas de computador, direitos conexos e as relações jurídicas derivadas desses direitos⁸⁹.

⁸⁷ CHON, Margareth, “Intellectual Property “from below”: Copyright and Capability for Education”, in UC Davis Law Review, 2007, vol. 40, p. 803.

⁸⁸ OKEDIJI, Ruth. *The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development – ICTSD, 2006, p. 32 e ss.

⁸⁹ Cf. LUCAS, Andre; LUCAS, Henri-Jacques; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*. cit., p. 1325: “Além desta “interpretação”, cujo principal mérito é a inclusão dos programas de computador e da base de dados na lista oficial da CUB (via TRIPS) obrigando os Estados-membros a garantir, pelo menos, a proteção convencional conferida aos direitos de autor, o texto em questão duplica as possibilidades para os programas de computador, permitindo que a proteção abranja “ao código-

A redação dessa seção se inicia com confirmação da compatibilidade entre as regras previstas do TRIPS e da CUB e seu Apêndice, permitindo que o intérprete se utilize do conceito de “obra protegida” previsto na Convenção⁹⁰. Verifica-se, portanto, que a proteção dos bens tecnológicos ganhou tamanha importância que não se pode dissociá-la do contexto do comércio nacional. É claro o objetivo do Acordo TRIPS em alinhar as diferentes expectativas dos Estados-membros envolvidos, as quais circundam a proteção dos direitos de autor, especialmente considerando a situação particular gerada a partir das mudanças trazidas pela área digital e o aumento da demanda por acesso a essas obras.

Todavia, ao contrário do artigo 6bis, o artigo 9 do TRIPS não impõe aos Membros a obrigação de adotarem os mesmos padrões de proteção de direitos morais. Assim, cada Membro é livre para regular e limitar o alcance do reconhecimento da condição de autoria, que poderá ser estendida inclusive a pessoas jurídicas se assim previsto na legislação nacional. Como ressaltado por LUCAS⁹¹, a razão oficial para tanto residiria na inadequação da lógica desses direitos ao raciocínio econômico por trás do TRIPS. Porém, para o *Brussels Draft*, essa opção tem fundamento nos obstáculos dos sistemas jurídicos dos países anglo-saxões, que possuem regras bastante restritivas quanto ao uso das obras protegidas fora das hipóteses legais⁹².

Além disso, não se pode ignorar o papel relevante da internet no alcance da distribuição das obras protegidas, com rapidez e a baixos custos se comparados com as obras materializadas em suporte físico⁹³. Neste sentido, o artigo 10 do TRIPS prevê a proteção dos programas de computador, expressão que poderá ser definida de acordo com a lei interna de cada Estado-membro, conforme interpretação conjunta dos artigos 2.7 com o

fonte ou ao código-objeto” para bases de dados, considerando como tais as “compilações de dados ou outro material reproduzidos por um suporte legível por máquina ou por outra forma”, sem que sua proteção pode ser estendida a “dados ou materiais em si” e sem prejuízo “de qualquer direito de autor” sobre esses dados ou materiais.” Tradução livre do texto: “Au-delà de cette “interprétation”, dont le principal mérite est de faire figurer les logiciels et les bases de données dans la liste officielle de la Convention de Berne (version ADPIC) et d’obliger ainsi les États membres à assurer au moins la protection conventionnelle attachée au droit d’auteur, le texte en précise doublement la portée pour les logiciels, en admettant leur protection “qu’ils soient en code source ou en code objet”; pour les bases des données, en protégeant comme telles toutes les “compilations de données ou d’autres éléments, qu’elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme”, sans que leur protection puisse s’étendre “aux données ou éléments eux-mêmes”, ni porter préjudice à “tout droit d’auteur subsistant” sur ces mêmes données ou éléments.”

⁹⁰ UNCTAD/ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*. cit., p. 136.

⁹¹ LUCAS, Andre; LUCAS, Henri-Jacques; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*.cit., , p.1309.

⁹² UNCTAD/ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*. cit., p. 142. Ver também GERVAIS, Daniel; SCHMITZ, Isabelle. *L’Accord sur les ADPIC*. Brussels: Larcier, 2010, p. 232.

⁹³ UNCTAD/ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*.cit., p. 150.

artigo 7.4 da CUB. A proteção abrange tanto o código fonte (a linguagem do programa consubstanciada em palavras, símbolos e símbolos alfanuméricos), quanto o código objeto (a versão em linguagem de máquina do código fonte).

Formas alternativas de proteção das obras pelas leis nacionais também são admitidas pelo TRIPS, desde que atendidos os seus padrões mínimos de proteção. A engenharia reversa é permitida desde que não vise à comercialização da obra em larga escala e seja destinada a fins específicos, especialmente de desenvolvimento e estímulo à inovação⁹⁴. Em se tratando da adoção das limitações aplicadas aos programas de computador, a questão ainda é controversa, seja quanto ao uso da engenharia reversa para fins educacionais e de pesquisa, seja quanto ao uso para facilitar a interoperabilidade entre sistemas⁹⁵.

1.3.2.1. A Regra dos Três Passos: acesso e desenvolvimento

Os direitos autorais foram a primeira área da propriedade intelectual em que os países em desenvolvimento buscaram ter suas necessidades reconhecidas via limites à exploração para casos especiais. Inicialmente previstas no Protocolo à CUB, revisada em Estocolmo em 1967, as ressalvas consistiam em autorização para, por exemplo, reduzir o período de proteção dos direitos de autor nas leis nacionais, traduzir obras protegidas para o idioma nacional, excluir da lista de infrações aos direitos de autor a publicação de obras para fins educacionais e culturais e limitar o âmbito da violação às obras de radiofusão e entretenimento.

Na visão dos países desenvolvidos, porém, liderados na ocasião pelo Reino Unido, a revisão de Estocolmo continha propostas que estavam muito além das metas que

⁹⁴ UNCTAD/ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*.cit. p. 156.

⁹⁵ É importante ressaltar que, para os programas de computador, a diferença entre expressão e ideia é essencial para a determinação dos limites para a proteção dessa categoria de obras por direitos autorais, uma vez que cabe ao direito interno determinar a sua aplicação. Assim, a engenharia reversa e outras formas de cópias dos programas de computador, como as cópias de segurança (“*backup*”) ou de armazenamento são admitidas desde que Estados-membros adotem políticas públicas compatíveis com as exceções e limitações previstas no artigo 13, e que atendam ao mandato de proteção proposto pelo Acordo. Como regra geral, os Estados-membros têm adotado como limites em obras computadorizadas: (i) exceções para cópias de *backup*; (ii) exceções para permitir o acesso aos elementos não protegidos por direitos de autor, como a engenharia reversa; e (iii) exceções para permitir a interoperabilidade entre sistemas. Com base em tais limites se tem buscado fomentar a livre concorrência e o desenvolvimento da indústria e de novos mercados e difundir bens tecnológicos para fins educacionais, para facilitar o acesso ao conhecimento. Cf. UNCTAD/ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*.cit., p. 161-162.

poderiam cumprir⁹⁶. Por esta razão, em 1971 foi convocada nova conferência, realizada em Paris, para revisar novamente a CUB e atenuar as condições especiais previstas pelo Protocolo. Assim, foi adicionado o mencionado Apêndice, no qual foram estabelecidas condições especiais aos países em desenvolvimento para a adaptação de suas leis nacionais ao sistema da Convenção.

A despeito das discussões envolvendo o Apêndice (abordadas anteriormente), a maior contribuição da Revisão de Estocolmo consistiu na inserção à CUB do artigo 9(2), segundo o qual,

“Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais. Contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.”⁹⁷

Assim, de acordo com a Regra, as exceções e limitações aos direitos de autor pelos países da União são justificáveis se (i) constituírem casos especiais (ii) em que a reprodução não afete a exploração normal da obra, e que (iii) não gerem prejuízos injustificados aos interesses legítimos do autor. O artigo 9(2) é, na realidade, uma exceção geral ao uso das obras protegidas, haja vista a previsão ao longo da CUB de exceções específicas, as quais dependem da natureza da obra⁹⁸.

1.3.2.2. Limitações e exceções em direitos de autor segundo o Acordo TRIPS: uma interpretação consistente com a Regra dos Três Passos

O Acordo TRIPS incorporou em seu texto as exceções previstas na CUB. Prova disso é a similaridade da exceção geral do artigo 13 com o referido artigo 9(2) da CUB⁹⁹:

⁹⁶ CORNISH, William, LLEWELYN, David e APLIN, Tanya. *Intellectual Property: Patents, Copyrights Trademarks and Allied Rights*. cit., p. 407- 409.

⁹⁷ *Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas*. Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975.

⁹⁸ São as seguintes: (i) artigo 2bis(2): obras de radiodifusão e imprensa, (ii) artigo 10(1): citação de obras já publicadas; (iii) artigo 10(2): uso de obras artísticas e literárias para fins de ensino e pesquisa; e (iv) artigo 10bis(1): reprodução na imprensa (de radiofusão ou impressa) de artigos e fotografias que versem sobre discussões da atualidade, desde que haja a correta indicação da fonte.

⁹⁹ UNCTAD/ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*. cit., p. 189.

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

Ao utilizar a expressão “direitos exclusivos”, o Acordo TRIPS abriu espaço para que os limites aos direitos de autor previstos na CUB fossem estendidos para outros direitos de propriedade intelectual, como as patentes¹⁰⁰. Essa interpretação da Regra tem justificativa no artigo 7º do TRIPS, segundo o qual as normas de propriedade intelectual devem “*contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico*”¹⁰¹, a fim de estimular não apenas o desenvolvimento econômico, mas também o bem-estar social. Esse artigo adquire relevância ao estabelecer o equilíbrio entre diversos interesses endereçados pela proteção dos direitos de propriedade intelectual e conceder aos Membros margem de discricionariedade para implementação de novas limitações no futuro, voltadas para a sua adaptação às evoluções técnicas ou sociais¹⁰².

Por “determinados casos especiais” se compreende o uso dos limites somente para situações específicas, excluindo a interpretação extensiva da Regra. Para alguns doutrinadores, casos especiais poderiam ser justificados por razões de política pública ou circunstâncias excepcionais¹⁰³. Contudo, esse entendimento não foi aceito pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC¹⁰⁴.

Essa expressão, de fato, autoriza aos países interessados em utilizar a Regra dos Três Passos prever em sua legislação interna uma lista taxativa de limites ou uma regra extensiva que estabeleça com clareza quando e em quais condições o uso de uma obra

¹⁰⁰ A Regra dos Três Passos no Acordo TRIPS foi estendida para as patentes e apresenta redação idêntica, prevista no artigo 30.

¹⁰¹ Art. 7º, TRIPS: A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

¹⁰² GEIGER, Christophe: Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions, IIC 40, 6 (2009), 627-642. Para o referido autor, além do artigo 7º do Acordo TRIPS, há que se considerar o artigo 8º, que vai na mesma direção ao permitir que aos membros da OMC a adoção de medidas para a promoção do “interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico.”

¹⁰³ Cf. RICKETSON, Sam. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*. London: Kluwer/Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1987, p. 347; *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*. cit. p. 190.

¹⁰⁴ *United States — Section 110(5) Copyright Act (United States - Section 110(5) of US Copyright Act)* (DS 160), tratado com mais detalhes no Capítulo 4 deste trabalho.

protegido caracterizará exceção ou limitação. Há sistemas normativos, porém, que adotam em suas leis as duas opções, caso do *US Copyright Act de 1996*, em que além da previsão de uma lista taxativa de limitações e exceções, também se ao intérprete, na análise do caso concreto, utilizar da regra geral extensiva de aplicação das exceções de tipo *fair uses*¹⁰⁵.

O segundo passo, “não conflitem com a exploração normal da obra”, deve ser compreendido a partir de seus elementos normativos e empíricos. Em primeiro lugar, é preciso verificar a forma como a obra tem sido explorada, para em seguida analisar se a exceção ou limitação utilizada é permitida. Porém, ao contrário do primeiro passo, é um requisito com alcance bastante restritivo, não havendo espaço para discussões acerca de políticas de fomento e desenvolvimento¹⁰⁶.

O terceiro passo, que “não prejudiquem injustificadamente os interesses legítimos do titular do direito”, significa que os limites não podem, de forma alguma, lesionar os interesses econômicos e não econômicos do autor de forma desproporcional ou sem que exista para tanto um fundamento plausível. Ao contrário do requisito anterior, o terceiro passo dá abertura para que legisladores e juízes analisem e sopesem objetivos de políticas públicas de desenvolvimento, em vista da expressão “interesses legítimos” do autor¹⁰⁷.

Os três passos devem ser aplicados cumulativamente. Qualquer interpretação que desconsidere ou não atenda integralmente a Regra dos Três deve ser considerada inconsistente com a norma internacional.

¹⁰⁵ GEIGER, , Christophe, “Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions”, cit.

¹⁰⁶ UNCTAD/ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*.cit., p. 189. Ainda para Martin Senftleben e Paul Hugenholtz, o conflito com a exploração normal da obra ocorrerá somente se “o autor for destituído ou privado de seu mercado, atual ou potencial, de considerável importância econômica e prática”. Cabe lembrar que a normal exploração da obra compreende somente “as principais formas de exploração da obra, isto é, aquelas que representam maior fonte de renda para o autor”. Cf. HUGENHOLTZ, Paul. B; SENFTLEBEN, Martin R., “Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities”, in University of Amsterdam, Working Paper No. 2012–39, 201; SENFTLEBEN, Martin R., “Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test”, in *International and EC Copyright Law*, 113 (2004); DWORKIN, Gerald, “Copyright, the Public Interest, and Freedom of Speech: A UK Copyright Lawyer’s Perspective”, in GRIFFITHS, Jonathan; SUTHERSANEN Uma. *Copyright and Free Speech: Comparative and International Analyses* Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2005, p. 153; OKEDIJI, Ruth, “Toward an International Fair Use Doctrine”, in 39 Colum. J. Transnat’l L. 75, 114–23 .

¹⁰⁷ Relatório do Painel, NT/DS160/R, parágrafo 6229.

1.4. Outros Acordos Internacionais em Direitos de Autor

1.4.1. Acordos da OMPI: WCT e WPPT

Além da CUB, foram assinados no âmbito da OMPI importantes tratados que visam à proteção dos direitos de autor, quais sejam: Convenção de Roma para a Proteção de Artistas, Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiofusão de 1961 (“Convenção de Roma”), Tratado sobre Direito Autoral da OMPI (“WCT”) de 1996, Tratado sobre a Interpretação ou a Execução de Fonogramas de 1996 (“WPPT”), e a Convenção relativa à Distribuição de Sinais de Portadores de Programas Transmítidos por Satélites de 1974 (“Convenção de Bruxelas”)¹⁰⁸.

Assinada em 1961, a Convenção de Roma foi elaborada durante a fase de desenvolvimento da indústria do entretenimento nos Estados Unidos e na Europa, visa a proteger especialmente os interesses dos intérpretes e das indústrias de fonogramas artistas e intérpretes de filmes, músicas e outros tipos de fonogramas. Poucos países aderiram à Convenção, por causa dos entraves criados pela mesma para a elaboração de cópias não autorizadas¹⁰⁹. Quanto aos aspectos jurídicos, a importância da Convenção de Roma reside em estabelecer padrões mínimos de proteção aos direitos dos artistas e intérpretes no que concerne ao direito de reprodução, bem como em instituir o princípio do tratamento nacional, tal qual se verifica na CUB, com previsão de período mínimo de proteção de 20 (vinte) anos¹¹⁰.

Elaborados durante a Conferência sobre Questões Relativas a Direitos de Autor e Direitos Conexos, de 20 de dezembro de 1996, os denominados “Acordos de Internet da OMPI” – acordos WCT e WPPT – fazem parte da Agenda Digital dessa Organização, que tem por objetivo institucional possibilitar o acesso à informação e a participação dos países em desenvolvimento na política global de proteção do ambiente digital. Ambos os acordos têm fundamento no artigo 20 da CUB¹¹¹, regra que possibilita a assinatura de acordos

¹⁰⁸ Dos acordos internacionais referidos, o Brasil somente é signatário da Convenção de Roma. Ministério da Cultura. Disponível em <<http://www2.cultura.gov.br/site/2008/01/30/acordos-e-tratados/>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2013.

¹⁰⁹ Dos 94 (noventa e quatro) países que aderiram a Convenção, somente 26 (vinte e seis) deles a ratificaram. O Brasil aderiu a Convenção em 26 de outubro de 1961, e a ratificou em 29 de junho de 1965. Os Estados Unidos não são sequer parte aderente. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/summary_rome.html>. Acesso em 11 de fevereiro de 2013.

¹¹⁰ CORNISH, William, LLEWELYN, David e APLIN, Tanya. *Intellectual Property: Patents, Copyrights Trademarks and Allied Rights*. cit., p. 418

¹¹¹ Art. 20. “Os governos dos países da União reservam-se o direito de celebrar entre si acordos particulares, desde que tais acordos concedam aos autores direitos mais extensos do que aqueles conferidos pela

particulares entre os Estados-membros desde que garantida aos titulares a extensão dos direitos neles previstos que não sejam contrárias à Convenção.

Considerado o acordo mais polêmico por expandir o conteúdo da Ata de Paris à CUB de 1971, e por incorporar em seu texto elementos trazidos pelo Acordo TRIPS, adaptando-os ao ambiente digital, o Acordo WCT é considerado pela doutrina uma norma de padrão TRIPS-*plus*¹¹², haja vista ter estabelecido que: (i) os programas de computador passam a integrar o rol de obras artísticas e literárias protegidos pela CUB, conforme artigo 2º da Ata de Paris; e (ii) serão protegidas as compilações de arquivos ou outras formas de organização desde que minimamente criativas.

O Acordo WCT incorporou ao seu texto a Regra dos Três Passos e deixou aos países signatários a escolha do regime de exaustão de direitos¹¹³. Ainda, de acordo com o artigo do 11 do Acordo WCT¹¹⁴, o uso das obras sem a autorização do titular serão permitidas nos termos estabelecidos pelas leis nacionais das partes signatárias. Para os representantes de países desenvolvidos e de organizações não governamentais, a redação

Convenção ou contenham estipulações diferentes não contrárias à mesma. As disposições dos acordos existentes que correspondam às condições acima indicadas continuam em vigor.”

¹¹² O Acordo WCT, ao reforçar a posição presente no Acordo TRIPS, de que programas de computador são considerados obras literárias de acordo com o artigo 2º da Convenção de Berna, confirma o entendimento de que essas obras são, de fato, protegidas por direitos autorais na ordem internacional, o que porém, não significa que todos os Estados-membros devem adotar em suas legislações nacionais as mesmas forma e extensão da proteção. Cf. UNCTAD/ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*.cit. p. 159.

¹¹³ (1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

(2) Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

Ainda, de acordo com a ressalva feita a esse artigo, quando da redação do Acordo pela OMPI: “Agreed statement concerning Article 10: It is understood that the provisions of Article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment.

It is also understood that Article 10(2) neither reduces nor extends the scope of applicability of the limitations and exceptions permitted by the Berne Convention.”. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P86_11560>. Acesso em 12 de março de 2013.

¹¹⁴ “Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.”.

do acordo WCT constitui, na realidade, réplica da política de direitos de autor praticada pelos Estados Unidos¹¹⁵.

Elaborado durante o mesmo contexto histórico que o Acordo WCT, o Acordo WPPT visa a adaptar a normativa das obras fonográficas às novas mídias eletrônicas, trazendo elementos da CUB, da Convenção de Roma e do TRIPS. Além do período mínimo de proteção da obra por, no mínimo, 50 (cinquenta) anos, garante aos artistas e intérpretes o recebimento de valor mínimo pela realização da obra e da reprodução e exploração da mesma por terceiros¹¹⁶. Tanto o acordo WCT quanto o WPPT, por buscarem equilibrar interesses diversos, apresentam uma redação problemática que, na realidade, reflete os conflitos durante o seu processo de elaboração¹¹⁷.

Procurando adequar a dinâmica internacional ao advento das novas tecnologias, a Convenção de Bruxelas visa a proteger os sinais de transmissão de sinais via satélite. De acordo com GOLDSTEIN & HUGENHOLTZ¹¹⁸, a grande vantagem dessa Convenção está em proteger elementos não tradicionais de direitos de autor e conexos. Para que sejam cumpridos os objetivos da Convenção, cabe a cada país signatário adotar medidas de caráter privado, administrativo e penal para evitar a recepção e envio de sinais de satélite que infrinjam direitos de autor.

¹¹⁵ Cf. MUSUNGU, Sislule; DUTFIELD, Graham, “Multilateral agreements and TRIPS-plus world: The World Intellectual Property Organization (WIPO)”, in TRIPs Paper Issues, 3, 2003.

¹¹⁶ Art. 7.3: (3) Notwithstanding the provisions of paragraph (1), a Contracting Party that, on April 15, 1994, had and continues to have in force a system of equitable remuneration of authors for the rental of copies of their works embodied in phonograms may maintain that system provided that the commercial rental of works embodied in phonograms is not giving rise to the material impairment of the exclusive right of reproduction of authors.

¹¹⁷ REINBOTHE, Jorg; von LEWINSKI, Silke. *The WIPO Treaties, 1996: Commentary and Legal Analysis*. London: , Butterwoods, 1996, p.9.

¹¹⁸ “A Convenção de Bruxelas difere dos tradicionais tratados internacionais sobre direitos autor e conexos em muitos aspectos. O artigo 2º da Convenção protege contra os distribuidores e portadores de sinais e não contra os sinais em si. Isso significa um sinal poderá ser protegido mesmo se o seu conteúdo já for protegido por direitos de autor ou conexos. Em segundo lugar, seguindo a solução trazida por Nairóbi, o artigo 2º cria uma obrigação para os Estados contratantes, a qual, porém, não implica em direitos privados sobre os sinais protegidos. Em terceiro lugar, as “medidas adequadas” contempladas pelo artigo 2º podem incluir direitos privados, tais como: direitos de autor e conexos, bem como, de acordo com o Relatório da Conferência, sanções penais, regulamentações administrativas ou a combinação de ambas as medidas.” Tradução livre do texto: “The Brussels Convention differs from traditional copyright and neighboring rights treaties in most pertinent aspects. Article 2 of the Convention protects against distribution of program-carrying signals rather than distribution of signals contents. This means that a sinal will be protected even if its content is protected by copyright or a neighboring right. Second, following the Nairobi solution, article 2 creates an obligation on the part of contracting states but implies no private rights in the protected signals. Third, the “adequate measures” contemplated by article 2 may include private rights such as nationalcopyright or neighboring laws, but according to Conference Report, may also include penal sanctions, administrative regulations or combination of these measures.” Cf. GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P.Brent. *International Copyright: Principles, Law and Practice*.cit., p. 63.

1.4.2. Convenção Universal sobre o Direito do Autor

Trata-se de documento normativo destinado aos que, em razão de seu grau de desenvolvimento, não atendam aos requisitos mínimos para aderir à CUB e implementar os padrões mínimos exigidos. A Convenção Universal sobre o Direito de Autor (“Convenção Universal”)¹¹⁹ visa, portanto, a integrar os países signatários da CUB com países que estão fora do sistema de proteção internacional, como os Estados Unidos¹²⁰, alguns países latino americanos, africanos e asiáticos, e os países de economia planificada¹²¹. Administrada pela UNESCO, apresenta duas versões: a primeira, assinada em 1952 em Genebra, e a segunda em 1971, em Paris.

Destinada principalmente a acomodar os interesses dos Estados Unidos, que não era à época da sua elaboração país signatário da CUB, de acordo com LUCAS¹²², a Convenção Universal tinha o mesmo campo de aplicação das regras da CUB, com a diferença de haver imposto aos seus signatários a adoção de um procedimento formal de registro, que somente não seria necessário caso a primeira publicação autorizada da obra no exterior estivesse acompanhada do símbolo ©¹²³. O período de proteção é particularmente longo em comparação aos demais tratados: da data da primeira publicação até os vinte e cinco anos seguintes à data de falecimento do autor¹²⁴.

¹¹⁹ *Convenção Universal sobre Direito de Autor, revisão de Paris, 1971*. Decreto n° n° 76.905, de 24 de dezembro de 1975.

¹²⁰ Conforme dados da OMPI, os Estados Unidos somente assinaram o acordo em 16 de novembro de 1988, tendo entrado em vigor em 1° de março de 1989. Disponível em <http://www.wipo.int/treaties/en/notifications/berne/treaty_berne_121.html>. Acesso em 12 de fevereiro de 2013.

¹²¹ De acordo com Paul Goldstein e P. Brent Hugenholtz (Cf. GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P. Brent. *International Copyright: Principles, Law and Practice*.cit., p. 44), até a assinatura da CUB pelos Estados Unidos em 1989, era comum por esse país a assinatura de acordos bilaterais, regionais e multilaterais fora do âmbito da OMPI. Nesse sentido, a assinatura da Convenção Universal representou uma ponte para a CUB. Cf. também OKEDIJI, Ruth. “Back to Bilateralism? Pedulum Swings in International Intellectual Property Protection”, in 1 Ottawa Journal of Law and Technology (2004).

¹²² LUCAS, Andre; LUCAS, Henri-Jacques; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*.cit., p. 1427.

¹²³ Artigo III.1: Qualquer dos Estados Contratantes que, nos termos de sua legislação interna, exija, a título de condição para conceder a proteção ao direito de autor o cumprimento de certas formalidades, tais como o depósito, o registro, a menção, as certidões notariais, o pagamento de taxas, o fabrico ou a publicação no território nacional deve considerar tais exigências como satisfeitas em relação a qualquer outra obra protegida nos termos da presente Convenção e publicada pela primeira vez fora do território do referido Estado por um autor não nacional se, desde a primeira publicação dessa obra, todos os exemplares da obra publicada com a autorização do autor ou de qualquer outro titular do direito de autor contiverem o símbolo © acompanhado do nome do titular do direito de autor e da indicação do ano da primeira publicação; o símbolo, o ano e o nome devem ser apostos em lugar e de maneira que indiquem claramente haver sido reservado o direito do autor.

¹²⁴ Artigo IV.2: 2. a) A duração da proteção, quanto às obras protegidas pela presente Convenção, não será inferior a um período que compreenda a vida do autor e vinte e cinco anos depois da sua morte.

São alterações relevantes apresentadas pela segunda versão da Convenção a extensão da proteção para artistas e intérpretes de obras audiovisuais e fonográficas e a exclusão expressa das obras já consideradas em domínio público. Ainda, diferenciou as obras publicadas e não publicadas, conceituando o termo “publicação” como “a reprodução material e a colocação à disposição do público de exemplares da obra que permitem lê-la ou tomar dela conhecimento visual.”¹²⁵.

1.4.3. Os acordos bilaterais e de livre comércio: desafios para o direito de autor

O Acordo TRIPS, enquanto instrumento de regulação de comércio internacional, representou muito mais que os acordos precedentes a prova da interdependência entre os seus países signatários na dinâmica comercial internacional. Nesse sentido, representou para os países em desenvolvimento a chance de incluírem na pauta internacional os seus interesses, de forma a compensar, ainda que minimamente, a disparidade de seu nível econômico com os países desenvolvidos.

Todavia, apesar da passagem do tempo e da alteração dos interesses das nações envolvidas, o Acordo TRIPS não sofreu qualquer alteração desde a sua adoção em 1994. Com o crescente desinteresse dos Estados-membros pelos foros multilaterais, surgiram novos polos de negociação. Assim, estimulados pelas ofertas de Estados Unidos e União Europeia, passaram a ser assinados acordos de comércio regionais e bilaterais, conhecidos como “acordos de livre comércio”, os quais, apesar de terem como temas centrais investimento e acesso aos mercados, trazem em sua estrutura outros temas de relevância para os países desenvolvidos, como a proteção dos direitos de propriedade intelectual, com

Entretanto, o Estado Contratante que, à data da entrada em vigor da presente Convenção no seu território, tenha restringido esse prazo, com relação a certas categorias de obras, a determinado período calculado a partir da primeira publicação da obra, terá a faculdade de manter tais restrições ou de as tornar extensivas a outras categorias.

Relativamente a todas estas categorias, a duração da proteção não será inferior a vinte e cinco anos contados da data da primeira publicação.

b) Qualquer dos Estados Contratantes que, à data da entrada em vigor na Convenção no seu território, não calcular a duração da proteção na base da vida do autor, terá a faculdade de calcular esta duração de proteção a contar da primeira publicação da obra, ou do registro da mesma obra, se este anteceder a sua publicação; a duração da proteção não será inferior a vinte e cinco anos a contar da data da primeira publicação ou do registro da obra, quando este seja anterior à publicação.

c) Quando a legislação do Estado Contratante previr dois ou mais períodos consecutivos de proteção, a duração do primeiro período não será inferior à duração de um dos períodos mínimos acima fixados nas alíneas "a" e "b".

¹²⁵ Artigo VI da Convenção Universal.

normas mais rígidas que as previstas nos foros multilaterais, denominadas normas TRIPS-*plus*¹²⁶.

De acordo com os especialistas¹²⁷, o “novo bilateralismo”, além de desafiar os pilares do comércio internacional, quais sejam, os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida, estabelece a dependência dos países em desenvolvimento para com os países desenvolvidos, tendo em vista que os primeiros, visando a obter concessões e benefícios adicionais em setores considerados essenciais, transferem aos países desenvolvidos o seu poder de regulação do mercado, permitindo que esses lhes imponham padrões de proteção de direitos de propriedade intelectual prejudiciais inclusive aos seus próprios nacionais¹²⁸.

Isso porque, conforme esclarece HELFER¹²⁹, esses tratados internacionais (i) contém padrões de proteção de propriedade intelectual mais rígidos do que os previstos pelo Acordo TRIPS; (ii) obriga os países em desenvolvimento a implementar o Acordo TRIPS antes do termo do seu período específico de transição; e (iii) requer que os países se

¹²⁶ De acordo com a OMPI, se compreende por TRIPS-*plus* a adoção de regras e práticas de nível multilateral, plurilateral, regional bilateral e nacional que reduzem a capacidade dos países em desenvolvimento de proteger o interesse público. As regras TRIPS-*plus* incluem novos padrões que limitam a liberdade dos países de: (i) promover a inovação tecnológica e facilitar a transferência e a disseminação de tecnologia; (ii) tomar as medidas necessárias para a proteção da saúde pública e promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico; (iii) tomar as medidas necessárias para impedir o abuso na exploração dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares no caso da prática de atos que restrinjam o comércio ou prejudiquem a transferência de tecnologia. Cf. MUSUNGU, Sislule; DUTFIELD, Graham, “Multilateral agreements and TRIPS-plus world: The World Intellectual Property Organization (WIPO)”, cit.. Igualmente, BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC*. cit., p. 44.

¹²⁷ Conforme explica Ruth OKEDIJI, (OKEDIJI, Ruth. “Back to Bilateralism? Pedulum Swings in International Intellectual Property Protection”, cit.), “Na realidade, porém, o ambiente global é fundamentalmente organizado de forma que torna altamente improvável que os países em desenvolvimento possam responder modo significativo à erosão de sua capacidade para regular os direitos de propriedade intelectual de acordo com os seus interesses domésticos. Ambos com suas doutrinas e instituições centrais, o sistema jurídico internacional tem, desde a época da independência, incentivado os países em desenvolvimento a transferir os seus poderes de regulamentação para os mercados. Os agentes desta estratégia para auxiliar o processo de desenvolvimento eram os programas e as instituições internacionais, que estabeleceram diretrizes para empréstimos e outros tipos de assistência econômica, retirando de muitos países em desenvolvimento a capacidade de buscar o desenvolvimento econômico por seus próprios meios”. Tradução livre do texto: “In reality, however, the global environment is fundamentally arranged in a manner that makes it highly unlikely that developing countries can respond in any meaningful way to the aggressive erosion of their capacity to regulate intellectual property rights for domestic interests. Both with its central doctrines and institutions, the international legal system has, since the independence era, encouraging developing countries to transfer regulatory powers to markets. The agents of this strategy to aid the development process were international programs and institutions, which established guidelines for loans and other economic assistance stripped many developing countries of the capacity to pursue economic development on their own terms.”

¹²⁸ BURRET, Robert; WEATHERAL, Kimberlee, “Exporting Controversy? Reactions to the Copyright Provisions of the US – Australia Free Trade Agreement: Lessons for U.S. Trade Policy”, in 2008 U. Ill. J. L. Tech & Pol’y 259, 2008

¹²⁹ HELFER Laurence; AUSTIN, Graeme W. *Human Rights and Intellectual Property – Mapping the Global Interface*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 40.

adequem às exigências de outros acordos multilaterais sobre propriedade intelectual. Logo, políticas públicas de desenvolvimento acabam por ser colocadas em segundo plano.

Assim, é oportuna a análise do capítulo referente aos direitos de propriedade intelectual dos principais acordos assinados atualmente, destacando as disposições concernentes aos direitos de autor.

1.4.3.1. NAFTA

O Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (em inglês, North America Free Trade Agreement – NAFTA) trata dos direitos de propriedade intelectual em seu Capítulo 17. O ponto de discussão do NAFTA está no reforço do princípio do tratamento nacional por meio da aplicação de três condições: (i) adequada e efetiva proteção dos direitos de propriedade intelectual, (ii) o cumprimento da CUB, e (iii) a previsão de padrões específicos para a proteção das obras artísticas e fonográficas¹³⁰. O tempo mínimo de proteção da obra é de 50 (cinquenta) anos contados da primeira publicação autorizada, conforme previsão do artigo 1705(4)¹³¹.

O artigo 1705(1) do NAFTA confirma a intenção dos redatores do Acordo em aproximá-lo das Convenções Internacionais em matéria de direitos de autor, especialmente a CUB e o TRIPS, haja vista se utilizar do conceito de obras artísticas e literárias previsto no artigo 2º da CUB, e estender essa proteção aos programas de computador e compilações de arquivos ou de quaisquer outros materiais que possam ser lidos por máquinas¹³². A Regra dos Três Passos está prevista no artigo 1705(5)¹³³.

¹³⁰ Cf. GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P.Brent. *International Copyright: Principles, Law and Practice*. cit., p. 81.

¹³¹ Art. 1705(4): Each Party shall provide that, where the term of protection of a work, other than a photographic work or a work of applied art, is to be calculated on a basis other than the life of a natural person, the term shall be not less than 50 years from the end of the calendar year of the first authorized publication of the work or, failing such authorized publication within 50 years from the making of the work, 50 years from the end of the calendar year of making.

¹³² Art. 1705(1): Each Party shall protect the works covered by Article 2 of the Berne Convention, including any other works that embody original expression within the meaning of that Convention. In particular:

(a) all types of computer programs are literary works within the meaning of the Berne Convention and each Party shall protect them as such; and

(b) compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations, shall be protected as such.

The protection a Party provides under subparagraph (b) shall not extend to the data or material itself, or prejudice any copyright subsisting in that data or material.

¹³³ Art. 1705(5): Each Party shall confine limitations or exceptions to the rights provided for in this Article to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.

Nota-se que o NAFTA tratou da proteção aos programas de computador de forma mais rigorosa ao estabelecer que “todos os tipos de programas de computador são considerados obras literárias nos termos da Convenção de Berna”, enquanto o artigo 10.1 do Acordo TRIPS afirma que “os programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna.”. A linguagem adotada pelo NAFTA busca abranger todos os tipos de programas de computador, enquanto o Acordo TRIPS adota uma postura menos abrangente, voltada para a análise do código fonte ou código objeto¹³⁴.

1.4.3.2. AUSFTA

O Acordo de Livre Comércio Austrália – Estados Unidos (*Australia – United States Free Trade Agreement - AUSFTA*)¹³⁵, concluído em 2004, regulamenta os direitos de propriedade intelectual em seu capítulo 17, tratando especificamente dos direitos de autor nos artigos 17.4 a 17.7. Como verificado em outros acordos de livre comércio assinados pelos Estados Unidos, é expressa a referência aos acordos multilaterais de propriedade intelectual, como a CUB, a Convenção de Bruxelas, o Acordo WCT e o Acordo WPPT, sendo a ratificação desses dois últimos obrigatória para a sua assinatura¹³⁶. O princípio do tratamento nacional está previsto no artigo 17.1.6 e o princípio da retroatividade da proteção das obras anteriormente reivindicadas consta do artigo 17.1, itens 9 e 10.

Normas TRIPS-*plus* são mais facilmente identificadas no AUSFTA em comparação ao NAFTA. O artigo 17.4 aumenta o período de proteção, de 50 (cinquenta) para 70 (setenta) anos. Especificamente quanto aos programas de computador, a alínea (e) do artigo 17.4.7 prevê exceções, como o uso de engenharia reversa e reprodução dos

¹³⁴ Cf. GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P.Brent. *International Copyright: Principles, Law and Practice*. cit., p. 82.

¹³⁵ Conforme ressaltado por BURRELL & WEATHERALL (Cf. BURRELL, Robert; WEATHERALL, Kimberlee “Exporting Controversy? Reactions to the Copyright Provisions of US – Australia Free Trade Agreement: Lessons for US Trade Policy”, in U. III. J.L. Tech. & Pol’y 259 2008), apesar de se tratar de um país desenvolvimento, a assinatura do Acordo de Livre Comércio e a aceitação das normas com caráter TRIPS-*plus* se deve ao interesse no aumento do nível comercial, em razão da competitividade dos países asiáticos, a aparente crise no comércio multilateral liderado pela OMC, a imposição de tarifas pelos Estados Unidos ao indústria de vinho australiana em 2000 e a disputa com esse país nas tarifas de importação da carne de cordeiro, e o interesse do governo australiano em ter acesso à administração do governo Bush. Já para os Estados Unidos, representava a continuidade da sua política externa iniciada na metade da década de 1980, baseada em negociações de acordos bilaterais e multilaterais. Todavia, os ganhos obtidos pela Austrália foram relativamente pequenos em comparação às expectativas, especialmente em direitos de autor, em que foram concedidas consideráveis vantagens aos titulares norte-americanos em detrimento da indústria australiana, ainda em desenvolvimento.

¹³⁶ Art. 17.1.2, International Agreements Section.

elementos literários, cujos casos se restringem a somente fins de consulta, não sendo permitido o compartilhamento dessas informações¹³⁷. Ainda, o artigo 17.4.9 impõe às

¹³⁷ Art. 17.4.7: (a) In order to provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that authors, performers, and producers of phonograms use in connection with the exercise of their rights and that restrict unauthorised acts in respect of their works, performances, and phonograms, each Party shall provide that any person who:

(i) knowingly, or having reasonable grounds to know, circumvents without authority any effective technological measure that controls access to a protected work, performance, or phonogram, or other subject matter; or

(ii) manufactures, imports, distributes, offers to the public, provides, or otherwise traffics in devices, products, or components, or offers to the public, or provides services that:

(A) are promoted, advertised, or marketed for the purpose of circumvention of any effective technological measure;

(B) have only a limited commercially significant purpose or use other than to circumvent any effective technological measure; or

(C) are primarily designed, produced, or performed for the purpose of enabling or facilitating the circumvention of any effective technological measure,

shall be liable and subject to the remedies specified in Article 17.11.13. Each Party shall provide for criminal procedures and penalties to be applied where any person is found to have engaged wilfully and for the purposes of commercial advantage or financial gain in any of the above activities. Each Party may provide that such criminal procedures and penalties do not apply to a non-profit library, archive, educational institution, or public non-commercial broadcasting entity.

(b) Effective technological measure means any technology, device, or component that, in the normal course of its operation, controls access to a protected work, performance, phonogram, or other protected subject matter, or protects any copyright.

(c) In implementing sub-paragraph (a), neither Party shall be obligated to require that the design of, or the design and selection of parts and components for, a consumer electronics, telecommunications, or computing product provide for a response to any particular technological measure, so long as the product does not otherwise violate any measures implementing sub-paragraph (a).

(d) Each Party shall provide that a violation of a measure implementing this paragraph is a separate civil or criminal offence and independent of any infringement that might occur under the Party's copyright law.

(e) Each Party shall confine exceptions to any measures implementing sub-paragraph (a) to the following activities, which shall be applied to relevant measures in accordance with sub-paragraph (f):

(i) non-infringing reverse engineering activities with regard to a lawfully obtained copy of a computer program, carried out in good faith with respect to particular elements of that computer program that have not been readily available to the person engaged in those activities, for the sole purpose of achieving interoperability of an independently created computer program with other programs;

(ii) non-infringing good faith activities, carried out by an appropriately qualified researcher who has lawfully obtained a copy, unfixed performance, or display of a work, performance, or phonogram and who has made a good faith effort to obtain authorisation for such activities, to the extent necessary for the sole purpose of identifying and analysing flaws and vulnerabilities of technologies for scrambling and descrambling of information;

(iii) the inclusion of a component or part for the sole purpose of preventing the access of minors to inappropriate online content in a technology, product, service, or device that itself is not prohibited under the measures implementing sub-paragraph (a)(ii);

(iv) non-infringing good faith activities that are authorised by the owner of a computer, computer system, or computer network for the sole purpose of testing, investigating, or correcting the security of that computer, computer system, or computer network;

(v) non-infringing activities for the sole purpose of identifying and disabling a capability to carry out undisclosed collection or dissemination of personally identifying information reflecting the online activities of a natural person in a way that has no other effect on the ability of any person to gain access to any work;

(vi) lawfully authorised activities carried out by government employees, agents, or contractors for law enforcement, intelligence, essential security, or similar governmental purposes;

(vii) access by a non-profit library, archive, or educational institution to a work, performance, or phonogram not otherwise available to it, for the sole purpose of making acquisition decisions; an

(viii) non-infringing uses of a work, performance, or phonogram in a particular class of works, performances, or phonograms, when an actual or likely adverse impact on those non-infringing uses is credibly

Partes o dever de assegurar que os programas de computador não serão utilizados em desacordo com os termos da licença concedida e que tampouco terão seus elementos literários indevidamente reproduzidos¹³⁸.

A Regra dos Três Passos, como prevista no AUSFTA, também apresenta características de normas *TRIPS-plus*. Prevista no artigo 17.4.10, alíneas (a), (b) e (c), proíbe expressamente o alargamento da interpretação da Regra além dos casos previstos no próprio AUSFTA e no Acordo TRIPS¹³⁹. Tal entendimento está em desacordo com o raciocínio existente por trás da referida Regra e com a interpretação de sua aplicação, a qual milita em prol da efetiva aplicação dos direitos fundamentais, razão por que deve ser a mais abrangente possível¹⁴⁰.

demonstrated in a legislative or administrative review or proceeding; provided that any such review or proceeding is conducted at least once every four years from the date of conclusion of such review or proceeding.

(f) The exceptions to any measures implementing sub-paragraph (a) for the activities set forth in sub-paragraph (e) may only be applied as follows, and only to the extent that they do not impair the adequacy of legal protection or the effectiveness of legal remedies against the circumvention of effective technological measures:

- (i) any measures implementing sub-paragraph (a)(i) may be subject to exceptions with respect to each activity set forth in sub-paragraph (e);
- (ii) any measures implementing sub-paragraph (a)(ii), as they apply to effective technological measures that control access to a work, performance, or phonogram, may be subject to exceptions with respect to activities set forth in sub-paragraph (e)(i), (ii), (iii), (iv), and (vi); and
- (iii) any measures implementing sub-paragraph (a)(ii), as they apply to effective technological measures that protect any copyright, may be subject to exceptions with respect to the activities set forth in sub-paragraph (e)(i) and (vi).

¹³⁸ Each Party shall provide appropriate laws, orders, regulations, government issued guidelines, or administrative or executive decrees providing that its central government agencies not use infringing computer software and only use computer software as authorised in the relevant licence. These measures shall provide for the regulation of the acquisition and management of software for such government use and may take the form of procedures such as those under which an agency prepares and maintains inventories of software present on the agency's computers and inventories of software licenses.

¹³⁹ De acordo com a redação original, "unless otherwise specifically provided in this Chapter, nothing in this article shall be construed as reducing or extending the scope of applicability of the limitations and exceptions permitted under the agreements referred in articles 17.1.2. and 17.1.4 and the TRIPS Agreement."

¹⁴⁰ GEIGER, Christophe, "Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions", cit.

CAPÍTULO 2: INTERFACE ENTRE DIREITOS DE AUTOR E DIREITOS HUMANOS

A relação entre propriedade intelectual e direitos humanos é bastante recente, tendo obtido a atenção dos governos, juízes, ativistas e acadêmicos durante a década de 1990, quando se passou a dar mais destaque para as questões envolvendo essas duas áreas do direito internacional.

Para os estudiosos de direitos humanos, a década de 1990 foi um período inebriante e de grande esperança, tendo em vista o final da Guerra Fria, com a derrocada das nações socialistas, o surgimento de novos regimes democráticos, e o emprego, pela ONU, das forças militares não sancionadas em resposta ao cometimento de atos generalizados de violência. Assim, referida década foi denominada a “era de direitos” ou a “era da intervenção humanitária”.

Para o direito internacional da propriedade intelectual, a década de 1990 representou o período mais importante para seu sistema normativo e suas instituições desde a formação do sistema unionista no século XIX, particularmente com o advento do Acordo TRIPS, que colocou os bens de propriedade intelectual no centro da pauta comercial internacional. O destaque dedicado ao tema refletiu os interesses da iniciativa privada na matéria em razão do surgimento de novas indústrias, baseadas em modernos instrumentos tecnológicos aliada à disseminação pela rede das mais variadas modalidades de obras artísticas e literárias nos mais diversos formatos.

Para os usuários, o caráter inovador dos bens de propriedade intelectual resultou no surgimento de novas demandas de acesso às obras protegidas, exigindo mecanismos próprios de regulação, adaptados às novas necessidades. A primeira década do século XXI foi marcada por debates sobre os aspectos normativos e políticos acerca da interface entre o direito internacional da propriedade intelectual e os direitos humanos. De um lado, governantes, tribunais e ONGs diretamente ligadas ao interesse público viam os direitos de propriedade intelectual como potencial ameaça ao direito às liberdades públicas, como direito à privacidade, liberdade de expressão e fruição do progresso científico. De outro lado, grandes corporações se utilizaram do sistema internacional de direitos humanos para

fortalecer as regras de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Atendendo ao interesse deste último grupo, no âmbito da OMPI, foram elaborados os acordos de internet, WCT e WPPT, tratados no capítulo anterior.

O aumento da complexidade dos contextos sociais, econômicos e legais em que estaria sendo discutida a relevância dos direitos de propriedade intelectual e dos direitos humanos criaram novas e não resolvidas questões entre as duas áreas. Tanto os acordos internacionais de direitos humanos quanto a proliferação de acordos bilaterais, multilaterais e regionais de comércio impuseram novas obrigações no âmbito internacional, que resultaram em implicações nocivas para o uso das obras artísticas e literárias com fins de interesse público, especialmente educacionais, haja vista as dificuldades sofridas por governos, instituições de ensino e usuários para ter acesso às obras da forma menos onerosa.

Reagindo a esta tendência, a campanha internacional de promoção ao acesso ao conhecimento (e em menor escala, à educação) defende a transposição das barreiras geradas pelas normas *TRIPS-plus* sobre propriedade intelectual e direitos de autor, com ampla disseminação da informação e do conhecimento de forma regulada, visando a objetivo de fomentar a criatividade e a inovação em países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Para esta campanha são centrais três áreas específicas: (i) inter-relação entre direitos de propriedade intelectual e as facetas do desenvolvimento; (ii) os esforços para a concretização do acesso ao conhecimento; e (iii) a natureza da obra criativa e o estímulo à inovação.

Por outro lado, são obstáculos para a sua consecução: (i) a tendência a se considerar os limites aos direitos de autor como permissivos e não mandatórios; (ii) a falta de controle e sanção das práticas anticompetitivas praticadas pelas indústrias do conhecimento; e (iii) a disseminação das regras *TRIPS-plus* na ordem internacional por meio de acordos bilaterais e de livre comércio em detrimento dos acordos multilaterais de comércio.

Somente a construção de um modelo que revolucione os direitos de autor nos moldes tradicionalmente pautados terá a capacidade de inserir na ordem internacional, de forma efetiva, conceitos como “domínio público” e “intelecto comum” enquanto instrumentos estimuladores do desenvolvimento e atendimento equitativo dos interesses de países em desenvolvimentos e desenvolvidos. Para tanto, a reformulação da estrutura destinada à proteção dos direitos de autor por meio de ferramentas normativas, flexibilidades, políticas públicas e domínio público são de grande relevância. O uso da

linguagem diplomática, neste caso, cederia espaço ao vocabulário mais acessível, com a previsão de compromissos conciliatórios que ultrapassassem a linguagem e propusessem regras concretas. A CUB e o Acordo TRIPs oferecem um importante histórico a este respeito.

Enquanto a harmonização internacional de direitos de autor é realizada para, primeiramente, servir a interesse de exportadores destes direitos em um comércio internacional mais seguro e previsível, a evidência histórica, a teoria econômica e o princípio da autodeterminação sugerem que cada Estado deve apresentar flexibilidades para moldar a sua lei de direitos autorais de acordo com suas próprias necessidades culturais, sociais econômicas.

Dessa forma, esse capítulo buscará abordar de que forma tem se estabelecido o diálogo entre as normas de direito internacional da propriedade intelectual e direitos humanos e de que modo a dinâmica internacional vem contribuindo para a construção dessa interface. Em se tratando especificamente de direitos de autor, serão analisadas as medidas adotadas no âmbito das organizações internacionais, e o modo como elas têm contribuído para o desenvolvimento tecnológico e cultural de seus Membros.

2.1. A função primordial das Nações Unidas

A ideia de que indivíduos podem transformar a lei em de proteger suas liberdades fundamentais é um acontecimento recente. Há cerca de seis décadas, os governos dos Estados vêm buscando desenvolver regras internacionais que abranjam a proteção dos direitos individuais. Tais regras resultaram do final da Segunda Guerra Mundial e os traumas causados pelo holocausto¹⁴¹. Enquanto a Sociedade das Nações criou um “clube de Estados”, com requisitos para ingresso e retirada de acordo com as suas conveniências, a ONU despontou no cenário internacional com o objetivo de se tornar uma organização com vocação na obtenção da paz e defesa da dignidade humana, buscando, para tanto, desenvolver um sistema político-jurídico com capacidade para envolver e articular todas as nações do globo¹⁴².

¹⁴¹ ARENDT, Hanna. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 298 e ss.

¹⁴² COMPARATO, Fabio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2008, p. 214. Para Alberto do Amaral Jr., dentre os problemas enfrentados pela Sociedade das Nações, há que se destacar o ressurgimento do nacionalismo, o fracasso dos sistemas de proteção às minorias, a

Sensíveis aos abusos cometidos durante esse período de guerras, os países vitoriosos buscaram instaurar uma nova ordem mundial, fundamentada na previsão de valores mínimos universais, impassíveis de violação pelos Estados¹⁴³. Assim, surgiu o sistema internacional de direitos humanos, que durante décadas se fundamentou em duas pautas principais: (i) articular e redefinir o catálogo de “direitos” e “liberdades” que merecessem proteção internacional, por meio de instrumentos jurídicos próprios, como tratados, e (ii) estabelecer instituições internacionais e mecanismos de monitoramento para assegurar que os Estados respeitassem esses direitos e liberdades¹⁴⁴.

A inserção dos direitos humanos na ordem internacional tem duas importantes consequências: reforçar as alegações de que os direitos humanos vinham sendo protegidos como leis consuetudinárias, e facilitar a proteção dos direitos individuais, e obter a reparação de violações provocadas por mecanismos existentes no sistema jurídico dos territórios nacionais¹⁴⁵. Todavia, os Estados se mostraram relutantes em adotar esse procedimento, bem como em criar uma corte internacional especializada ou em, ao menos, criar mecanismos de monitoramento para rever as alegações de violações aos direitos humanos. Essa resistência resultou na descentralização das instituições e na adoção de novos tratados, gerando uma significativa variedade de cortes internacionais, tribunais, comissões, comitês e grupos de trabalho responsáveis pela análise de temas pontuais em direitos humanos¹⁴⁶.

Esse contexto explica a razão da fragmentação do sistema de direitos humanos em duas partes: (i) a Declaração Universal de Direitos Humanos, os dois Pactos Internacionais e os chamados “*treaty bodies*”, responsáveis por monitorar as ações tomadas pelas respectivas partes signatárias; e (ii) mecanismos e procedimentos estabelecidos pela Carta

excessiva burocratização, a ineficiência do sistema punitivo e a paralisia decisória, tendo em vista a exigência de consenso para a tomada de decisões. Cf. AMARAL JR., Alberto. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Atlas, 4ª edição, 2013, p. 200.

¹⁴³ Preâmbulo da Carta das Nações Unidas – primeiro parágrafo.

¹⁴⁴ HELFER Laurence; AUSTIN, Graeme W. *Human Rights and Intellectual Property – Mapping the Global Interface*. cit., p. 4. Ainda, para esses autores, a capacidade do sistema internacional dos direitos humanos para exercer influência significativa no direito interno dos Estados apresenta dois importantes resultados: reforça a tese de que os direitos humanos não se resumem a regras costumeiras de direito internacional, mas são normas em sentido estrito, e concede abertura para a que os indivíduos busquem reparação às violações dos seus direitos pelos Estados dentro de seu sistema doméstico. Esses seriam motivos óbvios para a relutância de alguns Estados em se submeter, na época, às novas e ainda inexperientes organizações internacionais.

¹⁴⁵ HELFER Laurence; AUSTIN, Graeme W. *Human Rights and Intellectual Property – Mapping the Global Interface*. cit., prefácio.

¹⁴⁶ HELFER Laurence; AUSTIN, Graeme W. *Human Rights and Intellectual Property – Mapping the Global Interface*. cit., p. 4. YU, Peter K, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework”, in Michigan State University Legal Studies Research Paper No. 04-01.

das Nações Unidas e que incidem principalmente sobre a jurisdição do Conselho das Nações Unidas.

A fim de estabelecer a relação entre os direitos de propriedade intelectual, precisamente os direitos de autor, objeto desse trabalho, os próximos tópicos terão por objetivo destacar a dinâmica e a relevância da estrutura desse sistema internacional para o Direito Internacional da Propriedade Intelectual.

2.1.1. A Carta das Nações Unidas

Assinada por 51 (cinquenta e um) países em 26 de julho de 1945, e tendo entrado em vigência em 24 de outubro desse mesmo ano¹⁴⁷, a Carta da ONU também é conhecida como Carta de São Francisco. Resultado da conjugação dos esforços dos Estados após a Segunda Guerra Mundial, trata-se de organização que visa à busca pela tolerância e pela manutenção da paz e segurança internacionais¹⁴⁸.

O tratado constitutivo das Nações Unidas enquanto organização internacional, é, ao mesmo tempo, o “fundamento constitucional” do sistema e um tratado multilateral com efeito vinculante. Dentre os seus objetivos, destaca-se o uso da cooperação internacional para solução dos problemas internacionais de caráter econômico, social e cultural (artigo

¹⁴⁷ De acordo com dados das informações das Nações Unidas, a ONU conta atualmente com 193 (cento e noventa e três) Estados-membros signatários. Disponível em <<http://www.un.org/Overview/uninbrief/about.shtml>>. Acesso em 14 de março de 2013.

¹⁴⁸ Conforme estabelece o Preâmbulo da Carta da ONU: Nós, povos das Nações Unidas, resolvimos:

- a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e
- a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E para tais fins

- praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e
- unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum,
- a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos.

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.

1º, § 3º), por meio do qual é assegurado o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais sem qualquer distinção¹⁴⁹.

Enquanto fonte de direito cogente, a Carta da ONU concede espaço para que o sistema de direitos humanos dialogue com os sistemas normativos internacionais e internos. Nesse sentido, o artigo 103, de acordo com o qual na ocorrência de conflitos entre as obrigações resultantes da Carta com outro acordo internacional, prevalecerão as disposições assumidas na Carta¹⁵⁰.

Como destaca LIIVOJA,¹⁵¹ a supremacia da Carta da ONU sobre os demais tratados de direito internacional, além de reconhecida na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁵², foi prevista em outros tratados, inclusive os relativos ao comércio internacional, como é o caso do Acordo Geral Constitutivo GATT/OMC, cujo procedimento de registro deve atender ao disposto no artigo 102 da referida Carta¹⁵³. Ainda, para esse acadêmico, partindo de uma interpretação constitucionalista, o artigo 103 se fundamenta no entendimento de que a Carta da ONU é o alicerce de todo o direito internacional e, ao mesmo tempo, o nível hierárquico mais elevado das normas de direito

¹⁴⁹ Os propósitos da ONU são:

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

¹⁵⁰ No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, havendo conflito em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.

¹⁵¹ LIIVOJA, Rain, "The scope of the supremacy clause of the United Nations Charter", in *International & Comparative Law Quarterly*, 2008.

¹⁵² Art.30: Sem prejuízo das disposições do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, os direitos e obrigações dos Estados partes em tratados sucessivos sobre o mesmo assunto serão determinados de conformidade com os parágrafos seguintes.

2. Quando um tratado estipular que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, as disposições deste último prevalecerão.

3. Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior.

4. Quando as partes no tratado posterior não incluem todas as partes no tratado anterior:

a) nas relações entre os Estados-partes nos dois tratados, aplica-se o disposto no parágrafo 3;

b) nas relações entre um Estado-parte nos dois tratados e um Estado-parte apenas em um desses tratados, o tratado em que os dois Estados são partes rege os seus direitos e obrigações recíprocos.

5. O parágrafo 4 aplica-se sem prejuízo do artigo 41, ou de qualquer questão relativa à extinção ou suspensão da execução de um tratado nos termos do artigo 60 ou de qualquer questão de responsabilidade que possa surgir para um Estado da conclusão ou da aplicação de um tratado cujas disposições sejam incompatíveis com suas obrigações em relação a outro Estado nos termos de outro tratado.

¹⁵³ Outras Disposições, item 6 do referido Acordo.

internacional, entendimento alinhado com o posicionamento do Comitê de Juristas encarregado da redação do texto da Carta¹⁵⁴.

Quanto aos aspectos econômicos, o artigo 55 da Carta, em suas alíneas “a” e “b”, prevê o engajamento dos Estados-membros em ações que promovam o progresso e o desenvolvimento econômico e social, sendo necessário, para tanto, adotar medidas que sejam capazes de solucionar para os problemas internacionais econômicos, sociais e conexos, privilegiando a cooperação internacional, com caráter cultural e educacional¹⁵⁵. Tal disposição denota o claro interesse da Organização em alcançar a paz internacional. Com esse intuito foi criado o Conselho Econômico e Social que, dentre as suas atribuições, pode solicitar relatórios e assinar acordos com entidades especializadas nos campos econômico, social, cultural e educacional¹⁵⁶.

A Carta dispõe, ainda, que é dever dos países signatários a promoção de: (a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso econômico e social; (b) soluções dos problemas internacionais econômicos e sociais, (c) cooperação internacional de caráter cultural e educacional; e (d) respeito aos direitos humanos e fundamentais, sem qualquer forma de distinção¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Redação original: “In the event of a conflict between the obligations of the members of the United Nations under the present Charter and any other international obligations to which they are subject, their obligations under the present Charter shall prevail.” Inicialmente, por considerarem demasiadamente óbvia as disposições do art. 103 da Carta da ONU, o Comitê de Assuntos Jurídicos cogitou não inserir tal disposição. Porém, ao final, opinou formalmente pela inclusão a fim de evitar que a omissão de tal disposição originasse interpretações imprecisas. Texto revisado pelo Comitê de Assuntos Jurídicos durante a sétima reunião, UNITED NATIONS. Conference on International Organization, 7th meeting. Doc WD 296, CO/102(2), 18 UNCIO 342 (New York, 1945-1955).

¹⁵⁵ DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris, Dalloz, 2002, p. 650.

¹⁵⁶ Art. 63. 1. O conselho Econômico e Social poderá estabelecer acordos com qualquer das entidades a que se refere o Artigo 57, a fim de determinar as condições em que a entidade interessada será vinculada às Nações Unidas. Tais acordos serão submetidos à aprovação da Assembleia Geral.

2. Poderá coordenar as atividades das entidades especializadas, por meio de consultas e recomendações às mesmas e de recomendações à Assembleia Geral e aos Membros das Nações Unidas.

Art. 64. 1. O Conselho Econômico e Social poderá tomar as medidas adequadas a fim de obter relatórios regulares das entidades especializadas. Poderá entrar em entendimentos com os Membros das Nações Unidas e com as entidades especializadas, a fim de obter relatórios sobre as medidas tomadas para cumprimento de suas próprias recomendações e das que forem feitas pela Assembleia Geral sobre assuntos da competência do Conselho.

2. Poderá comunicar à Assembleia Geral suas observações a respeito desses relatórios.

¹⁵⁷ Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Para cumprir estas metas, o artigo 57 da Carta prevê a criação de entidades especializadas, as quais são organizações autônomas, ligadas às Nações Unidas por tratados internacionais específicos, responsáveis pela elaboração de estudos, consultas e recomendações solicitadas pela Assembleia Geral e pelos Membros para assuntos específicos¹⁵⁸. O poder normativo das agências especializadas em matéria econômica se dá por meio de resoluções, instrumentos jurídicos de *softlaw* que visam a regular, de forma específica, assuntos pré-definidos, estabelecendo para eles “linhas de conduta” (as conhecidas *guidelines*), que dependerão do teor das negociações¹⁵⁹.

Ao lado da Carta da ONU, a Declaração Universal representa importante norma principiológica de direitos de garantias fundamentais, conforme será tratado no tópico seguinte.

2.1.2 Declaração Universal de Direitos Humanos

Adotada em 1948, a Declaração Universal tem sua origem nos mesmos fatos que levaram à assinatura da Carta: as violações ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.

Nesse sentido, COMPARATO:

“A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se percebe da leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante Segunda Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita – e de forma muito parcial, ou seja, com a omissão de tudo que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais – após o encerramento das hostilidades.”¹⁶⁰

¹⁵⁸ Art. 57. 1. As várias entidades especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas em seus instrumentos básicos, nos campos econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos, serão vinculadas às Nações Unidas, de conformidade com as disposições do Artigo 63.

2. Tais entidades assim vinculadas às Nações Unidas serão designadas, daqui por diante, como entidades especializadas.

¹⁵⁹ DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. cit., p. 683.

¹⁶⁰ COMPARATO, Fabio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos* cit., 226. Nesse sentido também Matthew CRAVEN (CRAVEN, Matthew C.R. *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: a Perspective on Its Development*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 6): “Como reação aos eventos ocorridos antes e durante a Segunda Guerra Mundial, os Aliados e, mais tarde, a comunidade internacional como um todo, chegaram à convicção de que o estabelecimento da nova ordem mundial deveria ser baseada em um compromisso com a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais. (tradução livre do texto: “As a reaction to events prior to and during the Second World War, the allies, and later the

Ao lado da Magna Carta, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Declaração de Independência dos Estados Unidos, a Declaração Universal representa o marco miliário da luta da humanidade por liberdade e dignidade.

Compreendida inicialmente como uma recomendação que a Assembleia Geral fez aos seus Membros, a Declaração Universal constitui nos dias de hoje norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*), tendo sido elaborada mediante lento e cuidadoso processo¹⁶¹. Baseada em constituições, códigos, tratados internacionais, opiniões das organizações não governamentais e de representantes da sociedade civil, o texto da Declaração Universal procurou consubstanciar as liberdades políticas e individuais, colocando o homem como centro de interesses, cabendo aos Estados atender de modo satisfatório os diversos interesses que compõem a sociedade¹⁶². Juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e os Protocolos Facultativos de ambos os Pactos constitui a Carta Internacional de Direitos Humanos.

O artigo XXVI da Declaração Universal é enfático ao afirmar que o acesso à instrução constitui um direito de todos, cabendo aos Estados garanti-lo ao menos nos graus elementares e fundamentais. Ainda, a educação deverá ser orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais¹⁶³.

A Declaração Universal não se refere expressamente aos direitos de propriedade intelectual. Porém, é possível identificar a preocupação com a matéria, ao se realizar uma leitura sistemática de seu texto. O artigo XVII¹⁶⁴ concede a toda e qualquer pessoa o direito à propriedade, o qual não será indevidamente molestado. Todavia, o artigo XXIV

international community as a whole, came to the belief that the establishment of the new world order should be based upon a commitment to the protection of human rights and fundamental freedoms.”.

¹⁶¹ COMPARATO, Fabio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos* cit., p. 228.

¹⁶² Comparato destaca que, apesar de tecnicamente considerada uma recomendação da Assembleia Geral da ONU aos seus membros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa atualmente, exigências básicas de respeito à dignidade humana, conforme reconhecido por meio dos costumes e os princípios jurídicos internacionais. Cf. COMPARATO, Fabio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos* cit., p. 224.

¹⁶³ Art. XXVI. 1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

¹⁶⁴ XVII. 1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

estabelece que “no exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”, direitos que não serão exercidos, em nenhuma hipótese, contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Mais adiante, o artigo XXVII¹⁶⁵ prevê o direito de participação na vida cultural da comunidade, benefício das artes e compartilhamento dos frutos das ciências. A redação final desse artigo XXVII resultou de um árduo processo de negociações e discussões, que envolveu tanto a definição de alguns termos essenciais, como o uso do termo “livremente” no artigo XXVII.1, pleiteado pelos países da América Latina, quanto questionamentos acerca da forma de proteção das criações intelectuais prevista no artigo XXVII.2, haja vista a contraposição entre os sistemas dos países anglo-saxões e os países continentais, diferenças abordadas no Capítulo 1.¹⁶⁶

O artigo XXVII apresenta, portanto, uma tensão já conhecida entre as normas de direitos de autor, que envolve as regras que protegem os criadores de bens de informação e as regras que asseguram o uso e a difusão destes bens. Contudo, o artigo XVII implica no entendimento de que os Estados têm o direito de regular os direitos de propriedade dos indivíduos, mas que devem fazê-lo de acordo com os princípios e garantias do Estado Democrático de Direito¹⁶⁷.

A resposta para o impasse dos artigos XVII e XXVII da Declaração está no artigo XIV.2 desse documento: os direitos nele previstos não são absolutos, mas devem ser objeto de um exame de adequação. A Declaração Universal consagrou como garantias fundamentais tanto o direito à cultura como os direitos de autor, confirmando que na

¹⁶⁵XXVII. 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

¹⁶⁶ YU, Peter K, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework”, cit. De acordo com Barbara A. Ringer, por meio da Declaração Universal se procurou estimular os Estados Unidos a integrarem o sistema de proteção internacional dos direitos de autor, considerando que à época, não era um Estado Membro da Convenção de Berna. Assim, trazer a questão para o fórum da UNESCO lhe possibilitaria participar sem que lhe fosse exigido atender aos padrões mínimos de proteção previstos nos demais tratados e convenções internacionais. RINGER, Barbara A, “The Role of the United States in International Copyright – Past, Present and Future”, in 56 Geo. L.J. 1050, 1061-65 (1968).

¹⁶⁷ DRAHOS, Peter, “Intellectual Property and Human Rights”, in [1999] (3) Intellectual Property Quarterly, 349-371.

relação entre titulares e usuários deve haver proporcionalidade entre meios e fins e coexistência de regras de proteção de ambas as esferas¹⁶⁸.

2.1.3. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos

Visando a pormenorizar o conteúdo da Declaração Universal, em 16 de dezembro de 1966 foram adotados pela Assembleia das Nações Unidas os Pactos Internacionais de Direitos Humanos, quais sejam, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Ao PIDCP foi adicionado o Protocolo Facultativo, por meio do qual o Comitê de Direitos Humanos passou a ser o organismo competente para receber e processar denúncias de violações a direitos humanos, formuladas por indivíduos contra quaisquer Membros¹⁶⁹.

A elaboração de dois tratados foi resultado de uma mediação diplomática. A princípio, o plano original residia na elaboração de um único pacto, denominado Pacto sobre Direitos Humanos. Porém, enquanto as nações ocidentais defendiam o reconhecimento somente das liberdades individuais, para o combate de medidas governamentais contra interferências dos órgãos estatais na vida privada, as nações comunistas tencionavam destacar os direitos sociais e econômicos, capazes de embasar políticas de apoio aos menos favorecidos. Assim, buscando viabilizar a concretização dos interesses desses dois grupos, e considerando se tratar de direitos de similar importância que, porém, exigiam formas diversas para serem colocados em prática, foram elaborados os dois Pactos Internacionais.

Importa ressaltar que a organização do sistema jurídico internacional de direitos humanos, como bem esclarece COMPARATO¹⁷⁰, é superficial e não desqualifica a indivisibilidade do conjunto dos direitos humanos, o que embasa a defesa do direito ao desenvolvimento, cabendo aos Estados-membros eliminar obstáculos e criar condições favoráveis para a sua realização¹⁷¹. Nesse sentido, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 ressalta que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, sendo dever da comunidade internacional tratá-los de forma global, justa e equitativa.

¹⁶⁸ CHAPMAN, Audrey. *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*. Oxford, United Kingdom: Hart Publishing, 2002, p. 305-315.

¹⁶⁹ COMPARATO, Fabio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos* cit., p. 279.

¹⁷⁰ COMPARATO, Fabio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos* cit., p. 280- 281.

¹⁷¹ UNITED NATIONS. Declaration on the Right to Development. 4 December 1986, A/RES/41/128.

A recente expansão das normas de propriedade intelectual agiu como catalisador para que os especialistas internacionais redescobrissem os direitos de propriedade intelectual, os associando aos direitos civis e políticos. Surgiram diversas tensões envolvendo o direito à educação e a proteção dos direitos de autor sobre materiais de aprendizagem. Nesse contexto, a interação entre essas duas áreas destaca as formas como as normas jurídicas em educação afetam os direitos de primeira e segunda gerações. A interface entre “direitos humanos” e “propriedade intelectual” no campo internacional acentuou e desafiou as tensões entre as denominadas primeira e segunda gerações de direitos humanos, consubstanciadas nos Pactos Internacionais¹⁷². Por isso, para melhor atender aos propósitos deste trabalho, será estudado com maior profundidade o Pacto Internacional que aborda mais detidamente os direitos de autor, o PIDESC¹⁷³.

2.1.3.1 A importância do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para os Direitos de Autor

Com o foco na efetiva aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, o PIDESC tem por objeto políticas públicas e ações governamentais, coordenadas entre si, por meio das quais se obtenha a elevação dos níveis de qualidade de vida das populações carentes. Assim, referido Pacto conjuga ações que privilegiem os campos do trabalho, da habitação, saúde e, principalmente, educação.

O artigo 15 do Pacto prevê o reconhecimento, pelos Estados-membros, do direito de cada indivíduo de participar da vida cultural e desfrutar do progresso científico e suas aplicações, sendo ainda beneficiário dos interesses morais e materiais decorrentes de toda produção científica, artística ou literária de que seja autor. Ou seja, o Pacto simultaneamente protege os direitos de autor e preza pela fruição das obras pelo público interessado ao estabelecer como dever dos Estados estender a todo o povo, e em especial à

¹⁷² HELFER Laurence; AUSTIN, Graeme W. *Human Rights and Intellectual Property – Mapping the Global Interface*. cit., p. 14

¹⁷³ Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

população menos favorecida, o acesso ao conhecimento, às obras artísticas e literárias, patrimônio cultural da humanidade¹⁷⁴.

O modo como foi redigido o referido artigo 15 apresenta relação direta com o artigo XXVII da Declaração Universal. O processo de elaboração do PIDESC foi marcado por tensões geradas pelo fato de nem todos os Membros da ONU terem participado do seu processo de elaboração, sendo o caso dos Estados Unidos que, apesar de ter assinado a Declaração Universal, se recusou a assinar o Pacto. A sua recusa foi a principal razão para que se discutisse exaustivamente a inclusão da proteção às criações intelectuais no texto do PIDESC¹⁷⁵. Por isso, foram apresentadas duas propostas de redação do artigo 15 pela UNESCO, uma mais ampla e outra de conteúdo mais sucinto¹⁷⁶.

O impasse somente foi solucionado com a formalização da entrada dos Estados Unidos no sistema de proteção internacional de direitos autor por meio da Convenção Universal de 1955, o que fez com que as delegações mudassem sua percepção quanto à não aceitação da inserção no Pacto de cláusulas envolvendo a proteção às criações intelectuais.

Em vista deste contexto, conclui Peter YU¹⁷⁷, conclui-se que:

¹⁷⁴ COMPARATO, Fabio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos* cit., p. 362.

¹⁷⁵ GREEN, Maria, "Drafting History of the Article 15(1)(c) of the International Covenant", (Doc. E/C.12/2000/15). New York: International Anti-Poverty Law Centre, 2000. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.2000.15.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2000.15.En?OpenDocument)>. Acesso em 24 de março de 2013.

¹⁷⁶ Versão pormenorizada:

Article (d) The Signatory States undertake to encourage the preservation, development and propagation of science and culture by every appropriate means:

- (a) By facilitating for all access to manifestations of national and international cultural life, such as books, publications and works of art, and also the enjoyment of the benefits resulting from scientific progress and its application;
- (b) By preserving and protecting the inheritance of books, works of art and other monuments and objects of historic, scientific and cultural interest;
- (c) By assuring liberty and security to scholars and artists in their work and seeing that they enjoy material conditions necessary for research and creation;
- (d) By guaranteeing the free cultural development of racial and linguistic minorities.

Article (e) The Signatory States undertake to protect by all appropriate means the material and moral interest of every man, resulting from any literary, artistic or scientific work of which he is the author.

Versão simplificada:

The Signatory States undertake to encourage by all appropriate means, the conservation, the development and the diffusion of science and culture.

They recognize that it is one of their principal aims to ensure conditions which will permit every one:

- 1. To take part in cultural life;
- 2. To enjoy the benefits resulting from scientific progress and its applications;
- 3. To obtain protection for his moral and material interests resulting from any literary, artistic or scientific work of which he is the author.

¹⁷⁷ YU, Peter K, "Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework",cit.

- (i) O direito de proteção de interesses de autores e usuários nas criações intelectuais está longe de ser evidente, e o alcance da sua proteção não foi delimitado expressamente por esses tratados internacionais; e
- (ii) O contexto de elaboração da Declaração Universal e do Pacto e a redação dos acordos comprovam uma forte relação de interdependência entre os artigos XXVII da Declaração Universal e os artigos 15(1)(a), 15(1)(b), 15(1)(c) e 15(3) do PIDESC. Logo, o cumprimento desse objetivo não pode estar dissociado da adoção de políticas que privilegiem o acesso a materiais educacionais, sejam estes na forma física ou digital. Os artigos 13 e 14 do Pacto¹⁷⁸, dialogando com o dever de proteção e de estímulo ao acesso às obras protegidas por direitos de autor, estabelece ser dever dos Estados-membros viabilizar o pleno desenvolvimento da personalidade humana por

¹⁷⁸ Art. 13: 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

- a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;
- b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;
- e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

- 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.
- 2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

Art. 14. Todo Estado Parte do presente pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.

meio da educação, que deve possibilitar a capacitação de todas as pessoas a participar de uma sociedade livre.

Infelizmente, ainda hoje existem muitas questões sobre este tema ainda não exploradas no campo dos direitos humanos. Porém, com a alteração da dinâmica internacional a partir de 2004 e a o despertar da ordem internacional para as pautas que privilegiam os mecanismos de cooperação que envolvam comércio internacional e direitos humanos, esperamos mudanças significativas para as relações envolvendo direitos de autor e acesso ao conhecimento e educação.

2.2. Educação: tema relevante na pauta dos direitos humanos

Considerada pelas Nações Unidas como um dos fatores mais relevantes para o desenvolvimento econômico e social, a educação está diretamente relacionada ao modo como são protegidos os bens de propriedade intelectual, pois sua aplicação restritiva pode obstaculizar o acesso a materiais de ensino por uma comunidade inteira. Isto, a longo prazo, resultaria na falta de recursos e avanços da comunidade afetada no concernente à renda, ao PIB e ao índice de desenvolvimento econômico. Nesse sentido, o Comitê de Direitos Econômicos e Sociais que, nos Comentários Gerais nº 13, destacou uma das características essenciais da educação:

“(a) disponibilidade – instituições e programas educacionais em funcionamento devem ser disponibilizados em quantidade suficiente na jurisdição do Estado-membro. O que se compreende por funcionamento depende de inúmeros fatores, incluindo o conceito de desenvolvimento adotado por eles; por exemplo, todas as instituições e programas educacionais requerem uma estrutura física adequada, sanitários para ambos os sexos, oferecimento de água potável, professores que recebam bons salários, materiais de ensino de alta qualidade, dentre outros; ao passo que alguns desses programas e instituições educacionais necessitam de outro

tipo de estrutura, como bibliotecas, computadores e uma rede de tecnologia da informação.”¹⁷⁹

Em 2007, a UNESCO, no Relatório intitulado “Educação para Todos”, afirmou que a disponibilidade de escolas, professores, livros e equipamentos é pré-requisito para a educação e fator-chave para a melhoria na qualidade de todo o sistema educacional. Neste sentido, a disponibilidade e os custos de livros e outros materiais educacionais são relevantes para que os Estados-membros cumpram com a obrigação de prover a educação livre, gratuita e de qualidade, pois é direito fundamental de todos receber educação adequada, especialmente quanto ao material utilizado para o ensino.

Todavia, ainda atualmente, a consecução dessa meta resta incompleta. Estudos comprovam que os materiais educacionais oferecidos pelos Estados são inadequados e não atendem de forma efetiva aqueles que deles se utilizam, muitas vezes faltando materiais básicos. Em países de menor desenvolvimento relativo, como Malawi, Moçambique e Zâmbia, sequer são distribuídos um livro por criança. Fatos como esse afetam diretamente a outros aspectos do direito à educação, como os baixos índices de continuação dos estudos com o avanço da idade, resultando em uma população adulta com baixos níveis de escolaridade¹⁸⁰.

Em vista deste contexto, nota-se que a questão crucial reside nos obstáculos que a prevalência dos interesses materiais dos autores tem gerado para a concretização efetiva do direito fundamental à educação¹⁸¹. Como explica Margareth CHON¹⁸², o acesso ao material educacional por estudantes varia de acordo com o nível de desenvolvimento de

¹⁷⁹ Tradução livre do texto: “6. While the precise and appropriate application of the terms will depend upon the conditions prevailing in a particular State party, education in all its forms and at all levels shall exhibit the following interrelated and essential features: 3/

(a) Availability - functioning educational institutions and programmes have to be available in sufficient quantity within the jurisdiction of the State party. What they require to function depends upon numerous factors, including the developmental context within which they operate; for example, all institutions and programmes are likely to require buildings or other protection from the elements, sanitation facilities for both sexes, safe drinking water, trained teachers receiving domestically competitive salaries, teaching materials, and so on; while some will also require facilities such as a library, computer facilities and information technology;”

UNITED NATIONS. *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 17, the right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant)*. U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (2006).

¹⁸⁰ Neste sentido, o Banco Mundial apresenta importantes relatórios sobre o tema, dos quais destacamos: World Bank. 2005. THE WORLD BANK. KAGIA, Ruth (ed.) *Balancing the Development Agenda*. New York, 2005; THE WORLD BANK. *Education: the way forward*. IDA at work. New York, 2009.

¹⁸¹ FOSTER, Sharon E. The Conflict between the Human Right to Education and Copyright. In TORREMANS, Paul (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, p. 287-88 (2008)

¹⁸² CHON, Margareth, “Intellectual Property “from below”: Copyright and Capability for Education”, cit.

cada país. Enquanto em países desenvolvidos, como os Estados Unidos, os livros são distribuídos gratuitamente como parte das políticas públicas educacionais, na maioria dos países em desenvolvimento o Estado não os fornece, cabendo às famílias subsidiar o material escolar de seus filhos. Para Stephen HEYNEMAN¹⁸³, as razões para tanto residem não somente em problemas econômicos, como recessão ou prioridades no investimento (caso da opção em privilegiar a saúde em detrimento da educação), mas também em fatores sociais e políticos, como guerras civis ou instabilidade política.

A referida autora vai adiante e elenca os motivos que, em sua opinião, seriam os principais responsáveis pelos altos custos destes materiais. Em se tratando de países onde as editoras estão sediadas ou que existe uma política estatal preocupada em subsidiá-las, a raiz do problema estaria relacionada com métodos ineficientes de produção, monopólio e favoritismo, o que resulta na consolidação de uma indústria ineficiente e na falta de concorrência entre as editoras.

De outro lado, no caso de países em desenvolvimento em que as editoras locais são inexpressivas no mercado interno, para a autora, o problema está no predomínio das editoras estrangeiras, vindas de países desenvolvidos, que dominam as fontes de publicação e de conhecimento e os idiomas aceitos em nível internacional, estabelecendo uma relação de dependência desses países para com essas editoras. Além disso, há que se considerar os altos custos com a tradução dos materiais educacionais dos idiomas ditos “oficiais” para outros idiomas ou dialetos falados por um pequeno grupo comunitário.

A utilização de meios alternativos de distribuição ou mesmo a elaboração de novos materiais sem a intervenção direta da editora representam alternativas para solucionar os problemas de acesso. Porém, ainda que adotadas com fins legítimos, permaneceria o risco de alegação de infração aos direitos de autor ou mesmo de prática de atos de pirataria, resultando na imputação de medidas de restrição ou censura a estes materiais¹⁸⁴. Assim,

¹⁸³ HEYNEMAN, Stephen P., “The Role of Textbooks in a Modern System of Education: Towards High Quality Education for All”, in BRASLAVSKY, Cecilia; HALIL, Katia (eds.). *Textbooks and Quality Learning for All: Some Lessons Learned from International Experiences*. Paris: UNESCO-IBE, 2006, p. 35-92.

¹⁸⁴ De acordo com Vera Thorstensen, a propriedade intelectual pode representar uma garantia a produtores e exportadores de bens de conteúdo tecnológico, em vista dos altos custos despendidos com pesquisa e desenvolvimento, pleiteando que tais bens fiquem protegidos nos países importadores, concedendo licenças de produção a países que tenham como garantir a proteção da tecnologia transferida. Igualmente, produtores e exportadores estão cada vez mais preocupados com os riscos trazidos pelas práticas de pirataria e contrafação em países que, a seu ver, não protegem adequadamente a propriedade intelectual, razão pela qual têm adotado meios mais restritivos de proteção. Cf. THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*, cit., p. 201. MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENDAUM; Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2003, 2ª ed., p. 397.

Margareth CHON, ao analisar esta dinâmica da “base para o topo”, constata que, na realidade, a estrutura tal como atualmente estabelecida favorece a falha na distribuição e acesso a materiais educacionais, a qual dá ensejo a uma economia informal baseada em fatores culturais da comunidade que dela se utiliza¹⁸⁵.

Como destacado no Capítulo 1, o Apêndice da CUB, adotado em 1971, apresenta um rol de disposições destinadas a facilitar o acesso em massa a certas obras protegidas em países em desenvolvimento, incluindo materiais educacionais, como as licenças compulsórias para a cópia e tradução desse material. Porém, o Apêndice não estende a sua aplicação para obras de fonogramas radiofusão, que possuem particular importância para educação.

Ruth OKEDIJI justifica a ausência de previsão na afronta que a comercialização de cópias de obras protegidas a um preço acessível sem autorização representaria aos direitos do titular de controlar a reprodução de sua obra¹⁸⁶. Muitos dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo têm se utilizado de meios físicos, tecnológicos e virtuais para reproduzir obras protegidas e abastecer seu mercado local com essas cópias de baixo custo. Contudo, mesmos nessas situações, a CUB garante ao titular o controle sobre a reprodução ou a tradução da sua obra.

Assim, tanto a reprodução quanto a tradução das obras artísticas e literárias, da forma como se encontram reguladas pela CUB e seu Apêndice, representam barreiras de acesso para os países em desenvolvimento e em menor desenvolvimento relativo. Porém, em um contexto social marcado cada vez mais pelo avanço da tecnologia e pela fácil transposição das barreiras físicas, é preciso repensar a forma de interpretar a Convenção a fim de adaptá-la às novas necessidades, especialmente no campo da aprendizagem.

2.2.1. Aprendizagem em ambiente virtual

O advento da internet aliado à popularização do computador para atividades de cunho pessoal expandiu o acesso e o uso de produtos informacionais, especialmente de obras científicas, acadêmicas e culturais. Contudo, tem sido incluídas nos direitos internacional e interno provisões de longo alcance que cerceiam o acesso a estes produtos, e desequilibram a relação entre os titulares de direitos de autos e usuários. Observa-se que

¹⁸⁵ CHON, Margareth, “Intellectual Property “from below”: Copyright and Capability for Education”, cit.

¹⁸⁶ OKEDIJI, Ruth. *International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest: Considerations for Developing Countries*. Geneva: UNCTAD-ICTSD, 2006, p. 29 e ss.

tem crescido a preocupação com os potenciais impactos das atuais leis de direitos de autor nas políticas culturais e educacionais.

O uso da tecnologia da informação representa ao mesmo tempo oportunidade e ameaça para a indústria dos direitos de autor, especialmente para as editoras, as principais fornecedoras de material educacional. Nesse sentido, a defesa de argumentos já conhecidos em prol da defesa indiscriminada de seus interesses nestes ambientes, como a dificuldade para autores e titulares controlarem a distribuição de seu trabalho e para fazerem valer os seus direitos sobre a obra. Tal controle, porém, não impede o surgimento de inovações tecnológicas que permitam a digitalização das obras de direitos de autor e que facilitem o acesso a uma infinidade de obras, anteriormente de difícil acesso a muitos usuários.

O termo “ensino”, presente no artigo 10(2) da CUB deve ser compreendido de modo abrangente, dos níveis primários aos mais avançados em educação¹⁸⁷. Não é possível, nos dias atuais, discutir direitos autorais e acesso às obras artísticas e literárias de modo justo e equitativo, respeitando os direitos dos titulares, sem que se considere a disponibilização dessas obras em ambiente digital. Se para os usuários o ambiente digital facilita o acesso, para os titulares da referida plataforma pode ser utilizada como ferramenta estratégica na coleta e distribuição da remuneração esperada pela exploração, além de atuar como mecanismo de disseminação em larga escala do nome do autor e do titular. A disponibilização da obra em formato digital permite a veiculação de material bibliográfico em outras bases de dados além da ISBN, a ampla distribuição do conteúdo parcial ou total de sua obra por meio de artigos, capítulos de livros ou citações, o que indiretamente aumenta a qualidade do setor educacional.

Esse novo formato de materiais educacionais também afeta o mercado das empresas desenvolvedoras de programas de computador, pois na ausência de uma plataforma de tecnologia adequada e compatível com o formato da obra, o acesso resta inviabilizado. Por essa razão, os países em desenvolvimento têm se mostrado preocupados com os preços de comercialização da interface física (*hardware*) e dos programas de computador com ela relacionados, tendo em vista a infraestrutura de telecomunicações exigida.

A tecnologia digital possui um grande potencial para expandir a disseminação da informação para fins de desenvolvimento. Se de um lado, o Acordo WCT não impede que

¹⁸⁷ Art. 10(2) Os Países da União reservam-se a faculdade de regular, nas suas legislações nacionais e nos acordos particulares já celebrados ou a celebrar entre si as condições em que podem fazer licitamente, e na medida justificada pelo fim a atingir, transcrições de obras literárias ou artísticas em publicações destinadas ao ensino, ou que tenham caráter científico, ou em crestomatias.

os seus signatários prevejam em sua legislação interna outras exceções e limitações para as obras digitais¹⁸⁸, de outro se observam esforços da indústria do conhecimento, localizada em sua maioria em países desenvolvidos, para expandir os direitos em ambiente digital e restringir o campo dos limites aos direitos de autor aos denominados “casos especiais”, compreendidos como aqueles taxativamente previstos pelas legislações internas, nos quais o uso da obra para fins educacionais poderia não se enquadrar pela sua abrangência¹⁸⁹. Além disso, o conceito de “limites” defendido em geral pelos autores e titulares se restringe ao indivíduo diretamente envolvido na pesquisa ou estudo, em detrimento de toda a cadeia de produtores dedicados a facilitar o conhecimento para esses indivíduos.

Para ilustrar a questão, a pesquisadora sul-africana Denise NICHOLSON¹⁹⁰, da Universidade de Witwatersrand, de Johannesburgo, elenca alguns dos problemas enfrentados pelas instituições de ensino e pesquisa em razão do procedimento que tem sido adotado por muitos países para a utilização das obras e a coleta valores referentes ao uso das obras protegidas, bem como de suas implicações no ambiente virtual:

- (i) A exigência de uma complexa estrutura administrativa para a coleta e distribuição de direitos de autor;
- (ii) O tempo despendido para obter a permissão do titular para o uso da obra e os altos custos envolvidos nesse processo;
- (iii) O caráter restritivo das permissões concedidas pelos titulares de direitos de autor, o que dificulta, em alguns países, a tradução para outros idiomas e dialetos além dos oficialmente reconhecidos;
- (iv) As dificuldades de acesso às bases de domínio público, especialmente em razão das obras disponibilizadas nesse espaço constituírem a reprodução, em sua maioria, de obras publicadas pelo titular e que exigem o pagamento das altas taxas de coleta e distribuição dos direitos de autor.

¹⁸⁸ Igual disposição está prevista nos Estados Unidos (section 106 e 106A do Copyright Act), via exceções do tipo *fair use*.

¹⁸⁹ GRAHAM, Dutfield; SUNTHERSANEN, Uma. *Global Intellectual Property Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2008, p. 289.

¹⁹⁰ STORY, Alan *Study on Intellectual Property Rights, the Internet, and Copyright*. Commission on Intellectual Property Rights, CIPR, Study Paper 5, 2002. Disponível em <http://www.cipr.org.uk/papers/text/study_papers/sp5_story_study.txt>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

A natureza da informação enquanto bem público essencial deve ser vista como ativo potencial para o desenvolvimento. Para Margareth CHON, uma abordagem “da base para o topo” considera o potencial para difusão e disseminação do conhecimento digital a um custo marginal reduzido quase a zero. Para a autora, interpretar os direitos de propriedade intelectual partindo “da base” significa identificar e priorizar as necessidades dos usuários localizados em países desenvolvidos e em desenvolvimento¹⁹¹.

Assim, a análise da estrutura econômica “da base para o topo” estimula a inovação e capacitação, especialmente em setores de abrangência global que não foram tecnologicamente privilegiados, como a educação. Para a referida autora, a expressão “da base” refere-se também aos países localizados abaixo da Linha do Equador e aos países que possuem baixos índices de desenvolvimento, o que contrasta diretamente com a alta capacidade dos países em desenvolvimento e seus titulares de direitos de autor em defender e exigir o cumprimento da proteção de padrões mínimos com vistas a, especialmente, fortalecer o investimento estrangeiro e o licenciamento de tecnologia¹⁹².

Essas características devem ser utilizadas para fortalecer e expandir a alfabetização básica e a capacidade educacional, as quais constituem pré-requisitos para a criação de um efetivo mercado de conteúdo em direitos de autor. Especialmente onde o perigo aos interesses em direitos de autor associado com a distribuição em massa em ambiente digital é reduzido, a rede de tecnologia digital pode e deve ser relacionada com a difusão de modelos de acesso à informação.

Os Estados devem prever em suas legislações internas limites específicos para o ambiente digital, condizentes com a sua política de desenvolvimento. Tais medidas, inclusive, podem ir além do permitido pelo artigo 10(2) da CUB. As iniciativas voltadas para a ampliação e divulgação da rede de recursos educacionais abertos acenam para mecanismos de mercado baseados na distribuição. Igualmente as ações envolvendo os cursos *online* de conteúdo aberto: organizações intergovernamentais e instituições educacionais de prestígio estão fornecendo conteúdo gratuitamente¹⁹³.

¹⁹¹ CHON, Margareth, “Intellectual Property “from below”: Copyright and Capability for Education”, cit.

¹⁹² CHON, Margareth, “Intellectual Property “from below”: Copyright and Capability for Education”, cit. Cf. CHON, Margareth, “Copyright and Capability for Education: An Approach from Below”, in GRAHAM, Dutfield; WONG, Tzen (eds.). *Intellectual Property and Human Development: Current Trends and Future Scenarios*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Disponível em: <http://www.piipa.org/index.php?option=com_content&view=article&id=99>. Acesso em 12 de setembro de 2013.

¹⁹³ Assim, iniciativas como o Open and Free Technology Community (Disponível em <<http://www.oftc.net/>>), Free Technologists for Teachers (disponível em

Parceiras entre os setores público e privado visando à digitalização de bibliotecas estão aumentando. Essas e outras novas iniciativas digitais apresentam grande potencial para expandir o universo informacional das instituições educacionais. Neste sentido, é importante destacar as ações da Unesco, enquanto agência especializada da ONU na área de educação, nos foros internacionais.

2.2.2. O papel da UNESCO na promoção do direito à educação

Criada em 1945, a UNESCO tem seus alicerces na convicção das nações fundadoras de que os acordos políticos e econômicos não são suficientes para construir uma paz duradoura, a qual deve ser estabelecida também com base na solidariedade intelectual e moral da humanidade. No Brasil, foi estabelecida em 1964, com escritório, em Brasília, tendo iniciado as atividades em 1972 e desenvolve projetos de cooperação técnica em parceria com o governo – União, estados e municípios –, a sociedade civil e a iniciativa privada, além de auxiliar na formulação de políticas públicas que estejam em sintonia com as metas acordadas entre os seus Estados-membros¹⁹⁴.

Para tanto, enquanto agência especializada da ONU, a UNESCO tem se mobilizado para o desenvolvimento de redes de solidariedade entre as nações voltadas para a promoção da educação e da cultura, direitos que são por ela considerados fundamentais e são pré-requisitos para o desenvolvimento humano, valor considerado patrimônio mundial. Neste sentido, a UNESCO busca incentivar a cooperação científica nessas áreas, protegendo a liberdade de expressão e assumindo para si a implementação de políticas holísticas capazes de lidar com as dimensões social, ambiental e econômica dos direitos humanos, visando ao desenvolvimento sustentável.

Para a agência, “em um mundo conectado, com o surgimento da economia criativa e sociedades do conhecimento, bem como o domínio da internet, a plena participação de todos no novo espaço público global é um pré-requisito para a paz e o desenvolvimento.”¹⁹⁵. A preocupação da agência é latente com a regulação do ambiente digital, tendo em vista a ameaça que a restrição desproporcional ao acesso a materiais educacionais pode representar para o cumprimento de sua função institucional.

<<http://www.freetech4teachers.com/>>) e em âmbito nacional o Veduca (disponível em <<http://www.veduca.com.br/>>) e outros exemplos que serão tratados no Capítulo 3.

¹⁹⁴ Disponível em <<http://www.unu.org.br/onu-no-brasil/unesco/>>. Acesso em 17 de outubro de 2013.

¹⁹⁵ Tradução livre do texto: “In a connected world - with the emergence of the creative economy and knowledge societies, along with the dominance of the Internet, the full participation of everyone in the new global public space is a prerequisite for peace and development.”. Disponível em <<http://en.unesco.org/about-us/introducing-unesco>>. Acesso em 11 de outubro de 2013.

2.2.2.1. Convenção Multilateral para Evitar a Bitributação de Royalties de Direitos Autorais

A atuação da UNESCO é pioneira na busca por novos marcos regulatórios envolvendo políticas de direitos de autor voltadas para educação e cultura. Em 1979, buscando apresentar novos modelos de negociação para acordos internacionais de bitributação envolvendo os pagamentos de direitos de autor, especialmente em razão da tendência verificada na época de assinatura de acordos bilaterais sobre a matéria entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, foi promulgada a Convenção Multilateral para Evitar a Bitributação de Royalties de Direitos Autorais (“Convenção Multilateral”, em inglês, *Multilateral Convention for the Avoidance of Double Taxation of Copyright Royalties, with model bilateral agreement and additional Protocol*. 1979).

Os considerandos dessa Convenção destacaram que a dupla tributação de *royalties* de direitos autorais, resultante da assinatura de tratados bilaterais ou mesmo de desproporcional proteção por meio das leis domésticas, além de prejudicar os interesses dos autores, representa um sério obstáculo para a difusão das obras, afetando também o desenvolvimento da cultura, da ciência e da educação.

A Convenção Multilateral propõe novos modelos de cláusulas e de minutas para os acordos de bitributação envolvendo os direitos de autor, e busca assegurar que a excessiva cobrança de tributos sobre os pagamentos realizados pelos usuários em razão da utilização da obra não represente entrave para a disseminação do conhecimento. Por exemplo, é impedida nova cobrança de tributos para pagamentos efetuados em razão de compra, venda, empréstimo ou qualquer outra forma de transmissão de direitos de autor, quando tais contratos tiverem como objeto o suporte material da obra protegida¹⁹⁶. Ao final, respeitando os acordos de bitributação assinados anteriormente à Convenção Multilateral, a UNESCO propõe uma minuta modelo a ser utilizada pelos signatários em negociações futuras. Apesar de oferecer importantes ferramentas para a prática internacional, a

¹⁹⁶ Art. 1.3: With the exception of payments made in respect of the ‘droit de suite’ the following shall not be considered as copyright royalties for the purposes of this Convention.: payments for the purchase, rental, loan or any other transfers of a right in the material base of a literary, artistic or scientific work, even if the amount of this payment is fixed in the light of the copyright royalties due or if the latter are determined, in -whole or in part, by that of the said payment. When a right in the material base of work is transferred as an accessory to the transfer of the entitlement to use a copyright in the work, only the payments in return for this entitlement are copyright royalties for the purposes of this Convention.

Convenção Multilateral possui ainda pouca expressividade, haja vista assinada por apenas oito países.

2.2.2.2. Declaração de Grunwald

Preocupada com a expansão da mídia na sociedade, especialmente quanto à regulação adequada do seu uso no campo educacional, em 1982, durante o Simpósio Internacional sobre Educação e Mídia, realizado na Alemanha, dezenove países assinaram a Declaração da UNESCO de Grunwald¹⁹⁷, documento de *softlaw* que tem por objetivo assegurar o comprometimento desses Estados na construção de ambiente digital e de mídia voltado para o desenvolvimento de métodos de largo alcance da informação e do conhecimento, tendo sido elaboradas as seguintes metas:

- (i) Apoio a programas abrangentes de educação para a mídia – desde o pré-escolar ao nível universitário e na educação de adultos, a fim de desenvolver conhecimentos, habilidades e comportamentos que incentivem o crescimento da consciência crítica e de indivíduos com maior afinidade com as mídias eletrônica e impressa. A princípio, tais programas deverão incluir a análise de produtos de mídia, a utilização de meios de comunicação como meio de expressão criativa e eficaz utilização e participação em canais de mídia disponíveis;
- (ii) Oferecimento de cursos de formação para professores e intermediários, visando a aumentar o conhecimento e a compreensão dos meios de comunicação e treiná-los para trabalharem com métodos de ensino adequados, considerando a familiaridade, ainda que fragmentada, dos alunos com os meios de mídia;
- (iii) Estímulo das atividades de pesquisa e desenvolvimento em prol da educação via uso da mídia, a partir de domínios como psicologia, sociologia e ciência da comunicação; e
- (iv) Apoio e fortalecimento das ações realizadas ou previstas pela UNESCO visando a incentivar a cooperação internacional em educação para a mídia.

¹⁹⁷ Grunwald Declaration on Media Education, 1982.

2.2.2.3. Recomendação sobre a Promoção e Uso do Multilinguismo e o Acesso Universal ao Ciberespaço

Com a consolidação da internet como importante ferramenta para comunicação e sua popularização no final da década de 1990, período marcado pelo advento de novos conteúdos e o desenvolvimento de conteúdos, linguagens e sistemas, em 2003, foi adotada na 32ª Conferência Geral, em Paris, a Recomendação sobre a Promoção e Uso do Multilinguismo e o Acesso Universal ao Ciberespaço (“Recomendação”)¹⁹⁸.

Com expressa referência à Declaração Universal e aos Pactos Internacionais, a Recomendação destaca a importância dos direitos civis, sociais, econômicos e culturais para a ampla difusão da cultura, da educação e da humanidade. Nesse contexto, o ciberespaço é particularmente importante por se tratar de um ambiente dinâmico e plural, mas que carece de adequada regulamentação quanto aos padrões de linguagem utilizados, os quais podem obstaculizar o acesso ao conhecimento e informação por parte daqueles que, porventura, não os possuam¹⁹⁹.

A UNESCO reconhece que se por um lado, o ciberespaço oferece oportunidades para melhorar o fluxo livre de informação através de palavras e imagens, de outro, apresenta desafios para garantir a participação de todos na sociedade da informação global, vez que o padrão linguístico pode ser utilizado como elemento de exclusão²⁰⁰. Por essa razão, a Recomendação destaca a relevância da diversidade linguística nas redes de informação, discussão relevante para os debates contemporâneos, em razão de a informação representar fator determinante para o desenvolvimento de uma sociedade baseada no conhecimento.

Tendo em consideração os acordos internacionais sobre propriedade intelectual, a fim de facilitar a promoção do acesso universal à informação, e também a necessidade de capacitação dos países em desenvolvimento, para aquisição e uso de novas tecnologias

¹⁹⁸ Recomendação sobre a Promoção e Uso do Multilinguismo e o Acesso Universal ao Ciberespaço, adotada pela Conferência Geral da UNESCO, 32ª Sessão.

¹⁹⁹ Committed to the full implementation of the human rights and fundamental freedoms proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights and other universally recognized legal instruments, and mindful of the two International Covenants of 1966 relating respectively to civil and political rights and to economic, social and cultural rights,

²⁰⁰ Convinced that the development of new information and communication technologies (ICTs) provides opportunities to improve the free flow of ideas by word and image but also presents challenges for ensuring the participation of all in the global information society, Noting that linguistic diversity in the global information networks and universal access to information in cyberspace are at the core of contemporary debates and can be a determining factor in the development of a knowledge-based society,

com fins educacionais, que pressupõem a educação básica e alfabetização²⁰¹, a Recomendação propõe a implementação de políticas específicas, fundadas nos seguintes pilares:

(i) Desenvolvimento de conteúdos e sistemas multilíngues: participação do setor privado e da sociedade civil nos níveis local, nacional, regional e internacional em projetos voltados para adoção das medidas necessárias para atenuar as barreiras linguísticas e promover a interação humana na internet, incentivando a criação, transformação e acesso a conteúdos, educativo, cultural e científico em formato digital, garantindo a todas as culturas a oportunidade de se expressar no ambiente virtual;

(ii) Facilitação do acesso a redes e sistemas: os Estados-membros, juntamente com as organizações internacionais, têm o dever de reconhecer e apoiar o acesso universal à internet, atendendo aos direitos assegurados pelos artigos 19 e 27, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Para tanto, a internet deve ser regulada como um serviço de interesse público, a fim de melhorar o processo de empoderamento da cidadania e da sociedade civil. Dessa forma, é essencial o desenvolvimento de uma rede de telecomunicações acessível e de baixo custo, envolvendo parcerias público-privadas para incentivar o investimento e a redução das barreiras financeiras para a utilização dos TICs, como impostos e direitos aduaneiros sobre os equipamentos de informática, programas de computador e serviços, bem como a oferta de tarifas especiais pelas empresas provedoras de internet para instituições de serviço público, como escolas, instituições acadêmicas, museus, arquivos e bibliotecas públicas, como medida transitória, para facilitar o acesso universal ao ciberespaço.

(iii) Desenvolvimento do domínio público: tendo como premissa o reconhecimento do ciberespaço como instrumento de acesso universal a

²⁰¹ Taking into account international treaties and agreements on intellectual property, in order to facilitate the promotion of universal access to information, Recognizing that basic education and literacy are prerequisites for universal access to cyberspace, Considering that different levels of economic development affect prospects for access to cyberspace and that specific policies and increased solidarity are required to redress current asymmetries and create a climate of mutual trust and understanding,

informações relevantes de carácter público para o cidadão, resguardados os direitos de propriedade intelectual e a confidencialidade, é dever dos Estados-membros e das organizações internacionais identificar e promover os repositórios de informação e conhecimento do domínio público e torná-los acessíveis a todos, construindo ambientes de aprendizagem propícios à criatividade e ao desenvolvimento. Para este fim, o financiamento adequado deve ser fornecido para a preservação e digitalização da informação de domínio público, sem discriminação de ordem geográfica, económica, social ou cultural por meio da compilação de um inventário internacional de leis, regulamentos e políticas sobre a geração e difusão on-line de informações de domínio público.

Nesse sentido, o incentivo a soluções de acesso aberto, incluindo a formulação de normas técnicas e metodológicas para a troca de informações, portabilidade e interoperabilidade, bem como a acessibilidade em linha de informações de domínio público sobre redes globais de informação, com a valorização do “capital humano” para a sociedade da informação, de maneira que a formação em TICs deixe de ser voltada estritamente aos aspectos técnicos, com a inclusão de princípios e valores éticos.

(iv) Equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos de autor e interesse público: é dever dos Membros realizar, em cooperação com os setores interessados, reformas em suas leis nacionais de direitos de autor para adaptá-las ao ciberespaço, tendo em conta o justo equilíbrio entre os interesses dos autores e dos titulares de direitos autorais e conexos, em atenção às convenções internacionais. Assim, quando apropriado, devem os Membros estabelecer limites condicionados ao atendimento da Regra dos Três Passos, norma consolidada no Acordo TRIPS e nos Acordos WCT e WPPT.

Foram elaborados pela UNESCO dois Relatórios Consolidados para acompanhar os avanços da Recomendação. O primeiro deles²⁰², de 2007, ressaltou o progresso na adoção de medidas legais para a democratização do ciberespaço, especialmente nos campos voltados para a regulação do domínio público e proporcionalidade entre interesses de titulares e usuários. Nessas duas áreas a França obteve destaque, tendo sido mencionadas as medidas políticas adotadas em 2004 para disponibilização gratuita de obras artísticas e literárias em domínio público na internet (projeto “PAGSI”) e a promulgação de leis sobre tecnologia da informação e direitos de autor e conexos, introduzindo conceitos jurídicos adaptados às novas formas de processamento de dados emergentes da sociedade da informação e da economia digital.

No Segundo Relatório Consolidado²⁰³, elaborado em 2011, foi destacado o avanço na institucionalização de marcos constitucionais, legais, políticos e administrativos, estabelecidos a partir da Recomendação, cujo conteúdo foi incorporado às políticas e aos programas nacionais. Assim, as políticas adotadas para criar e divulgar no ciberespaço conteúdos de qualidade em idiomas locais e por meio de bibliotecas, arquivos e museus digitais. Também foi importante a criação de conteúdo digital local por meio dos TICs, com plataformas de interface *e-learning* entre usuários, professores e grupos digitalmente marginalizados, a fim de proporcionar um melhor acesso a materiais educacionais em vários idiomas on-line.

Contudo, de acordo com o Segundo Relatório, ainda se verificam como obstáculos as dificuldades econômicas e de recursos, o encarecimento dos serviços de provedores de internet, a dificuldade no desenvolvimento de competências técnicas e conhecimentos locais, a ausência de valores e princípios universais a serem respeitados no ciberespaço, sem contar os baixos níveis de conhecimento em informática e alfabetização digital nos países em desenvolvimento, gerando grupos marginalizados ao acesso da informação e conhecimento no ciberespaço.

²⁰² UNESCO. *First Consolidated Report to the General Conference on the Measures Taken by Member States for the Implementation of the Recommendation Concerning the Promotion and Use of Multilingualism and Universal Access to Cyberspace*. 34th General Conference. Paris, 2007. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001519/151952e.pdf>>. Acesso em 6 de novembro de 2013.

²⁰³ UNESCO. *Second Consolidated Report to the General Conference on the Measures Taken by Member States for the Implementation of the Recommendation Concerning the Promotion and Use of Multilingualism and Universal Access to Cyberspace*. 36th General Conference. Paris,. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002108/210804e.pdf>>. Acesso em 6 de novembro de 2013.

2.2.2.4. Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais

Assinada em Paris em 2005, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais entrou em vigor em março de 2007 e privilegia os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, enquanto instrumentos para a promoção da diversidade cultural²⁰⁴.

A Convenção trata dos conteúdos, expressões e atividades culturais, compreendidos como o conjunto de bens resultantes da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades, e tem como objetivos: criar condições para a interação de diferentes culturas em prol do benefício mútuo, encorajar o intercâmbio cultural para assegurar a promoção do respeito entre as nações e da cultura da paz e reafirmar a importância do vínculo entre cultura e desenvolvimento, reconhecendo a natureza específica das atividades, bens e serviços culturais enquanto portadores de identidades, valores e significados.

Dutfield GRAHAM e Uma SUNTHERSANEN²⁰⁵, em análise crítica do texto da Convenção, ressalva que, apesar de não constituir um acordo internacional de direitos humanos em sentido estrito, a Convenção é uma diretriz principiológica que apresenta expressamente em sua redação muitos princípios de direitos humanos. Nesse sentido, o artigo 2º, que enumera como princípios norteadores a soberania na adoção de medidas políticas para a proteção e a promoção da diversidade cultural, a solidariedade e a cooperação internacionais, a complementaridade (e paridade) dos aspectos econômicos e culturais do desenvolvimento e o acesso equitativo aos bens culturais por meio da promoção de meios adequados de difusão e expressão.

A Convenção prevê como obrigação dos Estados a construção de um marco regulatório para as políticas e medidas voltadas para a diversidade cultural, incluindo aquelas a serem desenvolvidas em ambiente digital, por exemplo, fornecer às indústrias culturais nacionais independentes e às atividades do setor informal acesso aos meios de produção, difusão e distribuição de atividades, bens e serviços culturais, desenvolver e promover o livre intercâmbio e circulação de ideias e expressões culturais, estimular tanto

²⁰⁴ *Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007.*

²⁰⁵ GRAHAM, Dutfield; SUNTHERSANEN, Uma. *Global Intellectual Property Law*, cit., p. 293.

a criatividade quanto o espírito empreendedor, promover a diversidade da mídia, inclusive mediante serviços públicos de radiodifusão.

Referido marco regulatório requer a criação, pelos Estados, de um ambiente encorajador para a sociedade, em que se estimule a criação e difusão das suas próprias expressões culturais, considerando os diversos grupos sociais (incluindo as minorias e os povos indígenas), bem como a promoção do uso de novas tecnologias e o estabelecimento de novas parcerias para incrementar o compartilhamento de informações, aumentar a compreensão cultural e fomentar a diversidade das expressões culturais, como os acordos de co-produção e de co-distribuição, ou de transferência de tecnologia e conhecimento mediante a introdução de medidas apropriadas de incentivo, especialmente no campo das indústrias e empresas culturais.

A redação da Convenção não tratou expressamente da propriedade intelectual, mencionando o tema apenas no Preâmbulo. Analisando a linguagem da Convenção, se pode concluir que o foco da Convenção está em apresentar formas de balanceamento, não necessariamente conflitivas, entre direitos e metas que passam por propriedade intelectual, direitos humanos, diversidade cultural e desenvolvimento, de modo que os instrumentos de colaboração e parceria interestatais previstos pela Convenção apresentem relevância ímpar²⁰⁶. Tais características comprovam o compromisso da UNESCO em contribuir para a harmonização do sistema de direito internacional, buscando dialogar com os novos desafios para o direito da propriedade intelectual.

2.3. Interface entre direitos humanos e comércio internacional: aplicação em direitos de autor

Tradicionalmente, no estudo da interface entre os direitos de autor e os direitos humanos são adotadas duas principais ópticas de abordagem, a voltada para o conflito e a focada na coexistência.

A primeira abordagem trata os direitos humanos e os direitos de autor como normas antagônicas e em conflito. Assim, para essa visão, adotar padrões mais elevados de proteção para os direitos de autor enfraqueceria necessariamente a proteção dos direitos humanos. A solução nessa hipótese está na aplicação do princípio da primazia dos direitos

²⁰⁶ GRAHAM, Dutfield; SUNTHERSANEN, Uma. *Global Intellectual Property Law*, cit., p. 294.

humanos, de acordo com o qual a proteção dos interesses associados aos direitos humanos prevalece sobre as normas de direito comum, dentre elas, as relativas a direitos de autor.

Essa abordagem está presente, por exemplo, na Resolução 2000/7 da Subcomissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, que destacou em seus *considerandas* que o Acordo TRIPS não reflete adequadamente a natureza fundamental e a indivisibilidade dos direitos humanos, razão por que é dever dos Estados primar pelo cumprimento dos direitos humanos na adoção de tratados e de políticas econômicas²⁰⁷.

Para Peter YU, permanece a questão de como aliviar a tensão entre direitos humanos e aspectos da propriedade intelectual que não relacionados com direitos humanos. A resposta está na segmentação do conflito em duas vertentes, interna e externa. Com relação aos conflitos externos, aplicam-se conjuntamente os artigos XXVII.2 da Declaração Universal e o artigo 15(1)(c) com vistas a explicar como o princípio da supremacia dos direitos humanos pode ser por meio deles identificado²⁰⁸.

Quanto aos conflitos internos, a técnica utilizada é diferente. Em lugar da aplicação do princípio da supremacia dos direitos humanos o intérprete da norma utilizaria os critérios de (i) justa remuneração do titular, modo que autores e titulares não poderiam impedir o uso de suas obras por terceiros no caso de já haver recebido a compensação econômica relativa aos seus direitos morais e materiais, (ii) núcleo mínimo de proteção dos direitos de autor e dos titulares, de forma que o acesso às suas obras somente será limitado nos termos estabelecidos pelo Estado, e (iii) realização progressiva, baseado na

²⁰⁷ 1. Affirms that the right to protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which one is the author is, in accordance with article 27, paragraph 2, of the Universal Declaration of Human Rights and article 15, paragraph 1 (c), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, a human right, subject to limitations in the public interest;

2. Declares, however, that since the implementation of the TRIPs Agreement does not adequately reflect the fundamental nature and indivisibility of all human rights, including the right of everyone to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, the right to health, the right to food and right of self-determination, there are apparent conflicts between the intellectual property right regime embodied in the TRIPs Agreement, on the one hand, and international human rights law, on the other,

3. Reminds all Governments of the primacy of human rights obligations over economic policies and agreements;

4. Request all Governments and national, regional and international economic policy forums to take international human rights obligations and principles fully into account in international economic policy formulation.

UNITED NATIONS. Intellectual property rights and human rights Sub-Commission on Human Rights Resolution 2000/7.

²⁰⁸ YU, Peter K, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework”, cit.

identificação e adoção dos recursos jurídicos mais vantajosos para a proteção dos direitos humanos²⁰⁹.

Em oposição, a segunda abordagem visa à interface entre direitos humanos e direitos de autor, delineando ambos como direitos que envolvem interesses fundamentais. Nesse sentido, a elaboração de planos de ação que definam os limites do monopólio de autores e titulares, com o objetivo de incentivá-los a criar novas obras, e de previsão de garantias de meios livres de acesso para os usuários. Assim, os direitos humanos e os direitos de autor seriam compatíveis, mesmo em face do permanente conflito entre incentivo e acesso²¹⁰.

Os direitos humanos são inalienáveis, fundamentais e universais, e existem independentemente de aprovação, reconhecimento ou regulação por parte dos Estados. Já o direito de autor puro e simples, sem conotação aos direitos fundamentais, depende de regulamentação interna dos Estados e pode ser limitado de acordo com os interesses políticos e econômicos envolvidos. Conforme ressaltado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, em seus Comentários Gerais nº 17 (2005), tais direitos estão relacionados de forma intrínseca e extrínseca, e impõem aos Membros da ONU níveis de proteção para o seu pleno funcionamento:

“O direito de todos se beneficiarem da proteção dos benefícios morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística de que ele ou ela seja autor ou autora, como todos os direitos humanos, impõe três tipos de níveis de obrigações aos Estados partes: as obrigações de respeito, proteção e cumprimento. A obrigação de respeito exige que os Estados-partes evitem interferir direta ou indiretamente no gozo do direito de aproveitar da proteção dos interesses morais e patrimoniais dos autores. A obrigação de proteção requer dos Estados a adoção de medidas que impeçam terceiros de interferir nos interesses morais e patrimoniais dos autores. Finalmente, a obrigação de cumprimento requer dos Estados-partes adotar

²⁰⁹ YU, Peter K, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework”, cit.Cf. HELFER, Laurence R., “Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property”, in 40 U.C. Davis L. Review 971, 1018-10, 2007).

²¹⁰ HELFER Laurence; AUSTIN, Graeme W. *Human Rights and Intellectual Property – Mapping the Global Interface*. cit., p. 47-48.

medidas legislativas, administrativas, orçamentárias, judiciais, promocionais e outras para o plena realização do artigo 15, parágrafo 1 (c).”²¹¹

A imposição de limites aos direitos de autor exige equilíbrio entre os interesses de titulares e usuários. De acordo com o Comitê de Direitos Econômicos e Sociais, para que o diálogo entre direitos de autor e direitos humanos seja frutífero, esses limites devem estar fundamentados em lei e versar somente sobre o estritamente necessário para o alcance da promoção do bem-estar geral.

A linguagem presente nos Comentários Gerais é considerada mais exigente que a presente na Regra dos Três Passos por que passam as regras domésticas de limites aos direitos de autor a fim de assegurar que condigam com os instrumentos internacionais. Neste sentido, a previsão de medidas compensatórias para os titulares, as quais devem ser proporcionais ao uso da produção científica, literária ou artística gratuita em prol do interesse público²¹².

Esse é o posicionamento da OMC, conforme relatório encaminhado para a Subcomissão de Direitos Humanos. Em referido documento foi sugerido introduzir

²¹¹ Tradução livre do texto: “The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material benefits resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author, like all human rights, imposes three types or levels of obligations on States parties: the obligations to respect, protect and fulfil. The obligation to respect requires States parties to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of the right to benefit from the protection of the moral and material interests of the author. The obligation to protect requires States parties to take measures that prevent third parties from interfering with the moral and material interests of authors. Finally, the obligation to fulfil requires States parties to adopt appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial, promotional and other measures towards the full realization of article 15, paragraph 1 (c).”. UNITED NATIONS. *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 17, the right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant)*. U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (2006).

²¹² Assim foi estabelecido pelo Comitê sobre Direitos Econômicos e Sociais UNITED NATIONS. *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 17, the right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant)*. U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (2006): Limitations

22. The right to the protection of the moral and material interests resulting from one’s scientific, literary and artistic productions is subject to limitations and must be balanced with the other rights recognized in the Covenant.¹⁶ However, limitations on the rights protected under article 15, paragraph 1 (c), must be determined by law in a manner compatible with the nature of these rights, must pursue a legitimate aim, and must be strictly necessary for the promotion of the general welfare in a democratic society, in accordance with article 4 of the Covenant.

23. Limitations must therefore be proportionate, meaning that the least restrictive measures must be adopted when several types of limitations may be imposed. Limitations must be compatible with the very nature of the rights protected in article 15, paragraph 1 (c), which lies in the protection of the personal link between the author and his/her creation and of the means which are necessary to enable authors to enjoy an adequate standard of living.

24. The imposition of limitations may, under certain circumstances, require compensatory measures, such as payment of adequate compensation¹⁷ for the use of scientific, literary or artistic productions in the public interest.

flexibilidades no texto dos tratados de comércio internacional vigentes, o que permitira equilibrar direitos de autor e outros bens de propriedade intelectual e direitos humanos, por exemplo, em potenciais conflitos envolvendo a exploração da obra pelo titular e a demanda de acesso em situações excepcionais. Por óbvio, os limites e flexibilidades não se confundem com lacunas normativas que visam a facilitar a prática de imposição de preços exorbitantes, medidas anticompetitivas e outros abusos de mercado por parte dos titulares²¹³.

2.3.1. Flexibilidades no comércio internacional

Os primeiros anos do Acordo TRIPS foram marcados pela consolidação da relação entre o paradigma da proteção da propriedade intelectual no sistema multilateral de comércio e o acesso aos bens públicos internacionais, como a educação²¹⁴ que, igualmente, tornaram claros os posicionamentos dos Estados-membros quantos às expectativas com a ratificação e a internalização do Acordo, especialmente por parte dos países em desenvolvimento, que viram no uso das flexibilidades uma alternativa para a consecução de seus interesses, especialmente na área da saúde. Assim, em 14 de novembro de 2001, foi adotada durante a Conferência Ministerial de Doha a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública (“Declaração de Doha”), visando a estabelecer critérios para o licenciamento compulsório de patentes de medicamentos previsto pelo artigo 31 do TRIPS.

Ainda que o seu foco da Declaração esteja no acesso a medicamentos essenciais, a Declaração de Doha é um importante precedente para a introdução no sistema multilateral de comércio de mecanismos não vinculantes no Direito Internacional da Propriedade Intelectual, uma vez que desponta como importante parâmetro de interpretação para o órgão

²¹³ “Direitos concedidos de acordo com o artigo 27.2 da Declaração de Direitos Humanos e o artigo 15.1(c) do PIDESC juntamente com outros direitos humanos serão melhor utilizados se considerada a sua natureza interdependente, alcançando um equilíbrio ideal dentro do sistema de propriedade intelectual e por outras respostas políticas afins. Os direitos humanos podem ser utilizados – como tem sido e como frequentemente são – em favor do equilíbrio do sistema para cima ou para baixo via ajustes dos direitos já existentes ou criação de novos direitos.” Tradução livre do texto: “Rights under article 27.2 of the UDHR and article 15.1(c) of the ICESCR together with other human rights will be best served, taking into account their interdependent nature, by reaching an optimal balance within the IP system and by other related policy responses. Human rights can be used — and have been and are currently being used — to argue in favour of balancing the system either upwards or downwards by means of adjusting the existing rights or by creating new rights. WORLD TRADE ORGANIZATION. Protection of Intellectual Property Under The TRIPS Agreement. E/C.12/2000/18, 2002.

²¹⁴ BASSO, Maristela (orientadora). POLIDO, Fabrício B. P., *Contribuições ao estudo do direito internacional da propriedade intelectual na era Pós-Organização Mundial do Comércio: fronteiras da proteção, composição do equilíbrio e expansão do domínio público*, cit., p. 71.

de Solução de Controvérsias nos litígios internacionais relativos ao Acordo²¹⁵. Ainda, a Declaração adquire maior relevância ao apresentar parâmetros para a utilização do princípio da exaustão, importante flexibilidade, estendida a outros bens de propriedade intelectual, como os direitos de autor.

2.3.2. Princípio da exaustão e facilitação da importação paralela

O princípio da exaustão (ou esgotamento) dos direitos de propriedade intelectual estabelece que o direito de exclusividade do titular se esgota com a introdução, por ele, do bem protegido por direitos de autor no comércio ou, se realizado por terceiro, no momento em que consente com tal ação. A importação paralela, por outro lado, consiste na aquisição de uma obra protegida de uma fonte legítima de um país exportador, a qual é importada sem o consentimento do detentor da obra “paralela” no país importador. Trata-se, na realidade, do retorno ao país de origem de produtos protegidos primeiramente comercializados fora de seu território²¹⁶.

Na prática, tanto a exaustão de direitos quanto a importação paralela são marcados pela territorialidade²¹⁷, resultando em restrições específicas sobre o comércio de bens e de serviços. Um direito de propriedade intelectual é exaurido ou esgotado com a primeira venda (“*first sale*”, de acordo a doutrina norte-americana), a qual é essencial para determinar o tipo de controle a ser exercido pelo titular dos atos envolvendo importação, exportação e comercialização dos produtos. Sem a aplicação da exaustão de direitos, na prática, seria possível perpetuar o controle sobre as vendas ou a distribuição dos bens incorporando direitos de propriedade intelectual.

A redação do artigo 6º do TRIPS é neutra e não se compromete ou dá qualquer direção aos Membros, à exceção de que deverá ser levado em conta os princípios do tratamento nacional (artigo 3º) e da nação mais favorecida (artigo 4º), exigindo a

²¹⁵ BASSO, Maristela (orientadora). POLIDO, Fabrício B. P., *Contribuições ao estudo do direito internacional da propriedade intelectual na era Pós-Organização Mundial do Comércio: fronteiras da proteção, composição do equilíbrio e expansão do domínio público*, cit., p.75.

²¹⁶ BASSO, Maristela. *Importação Paralela. Efeitos no Comércio Internacional e nos Direitos de Propriedade Intelectual*. Tese de titularidade, Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Internacional e Comparado, 2009, p. 10 – 11.

²¹⁷ STOLL, Peter-Tobias; BUSCHE, Jan; AREND, Katrin. *WTO – Trade- related aspects of Intellectual Property Rights*. Leiden: Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, 2006, p. 170-173.

uniformidade na aplicação do regime de exaustão²¹⁸. Em face dessa ressalva, os Estados-membros estão livres para estabelecerem o regime de exaustão que lhes seja mais favorável, de acordo com as suas necessidades econômicas ou preferências políticas, razão pela qual se usa a expressão “*agreement to disagree*”²¹⁹.

A exaustão nacional, nas palavras de Maristela BASSO, “significa que a venda de um produto protegido em um país não tem efeitos no que diz respeito à exaustão de direitos de propriedade intelectual em outro país. Os direitos do titular extinguem-se, esgotam-se, somente quando o produto ou serviço é posto dentro do território nacional – e apenas dentro deste território.”²²⁰. Consequentemente, a adoção da exaustão nacional acarreta a proibição da importação paralela, concedendo ao titular de direitos meios legais de impedir a entrada naquele território do produto ou serviço que não foi previamente autorizado por ele.

Aplicável aos países que adotaram o sistema jurídico de integração, a exaustão regional, fundamentada nos tratados internacionais, admite a importação paralela dos bens protegidos pela propriedade intelectual apenas nos mercados do espaço geográfico definido como bloco econômico. Apresenta como expoente mais relevante a União Europeia que, buscando fortalecer o mercado interno da União, em atenção ao artigo 2º do Tratado de Lisboa²²¹, e por suas particularidades enquanto bloco econômico regional, preferiu

²¹⁸ Esse é o entendimento da Declaração de Doha para a Saúde Pública, em seu artigo 5º, “d”, de acordo com o qual cada Membro terá a liberdade de estabelecer seu próprio regime de exaustão, sem prejuízo dos princípios do tratamento nacional e nação mais favorecida, previstos nos artigos 3º e 4º do Acordo TRIPS. Tradução livre do artigo: “The effect of the provisions in the TRIPS Agreement that are relevant to the exhaustion of intellectual property rights is to leave each member free to establish its own regime for such exhaustion without challenge, subject to the MFN and national treatment provisions of Articles 3 and 4.”

²¹⁹ O artigo 6º do Acordo TRIPS foi bastante debatido durante a Rodada Uruguai, não tendo os países chegado a um termo comum quanto à definição de um regime único de exaustão, uma vez que, de um lado, certo número de países em desenvolvimento eram favoráveis à adoção do regime internacional de exaustão, os países em desenvolvimento (especialmente os Estados Unidos) objetivavam manter a o entendimento já sedimentado em sua jurisprudência interna, com base no regime nacional ou mesmo regional. Cf. UNCTAD/ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*. cit. p. 96. Também neste sentido WATAL, Jayashree. *Intellectual Property Rights in WTO and Developing Countries*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 295. Ver também ABBOTT, Frederick M., *Parallel Importation: economic and social welfare dimensions*. Estudo preparado para Swiss Agency for Development and Cooperation, 2007. Disponível em <<http://www.iisd.org>>. Acesso em 18 de novembro de 2013.

²²⁰ BASSO, Maristela. *Importação Paralela. Efeitos no Comércio Internacional e nos Direitos de Propriedade Intelectual*, cit., p. 15.

²²¹ Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007, e publicado no Jornal Oficial em 15 de dezembro de 2007.

Art. 2.3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.

estabelecer um regime próprio de exaustão já sedimentado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, denominado “*intra-community market exhaustion*”²²².

De acordo com a S. K. VERMA²²³, a exaustão internacional ocorre com a colocação do bem no mercado, pelo titular ou mediante seu consentimento, em quaisquer dos países onde seu direito é protegido, esgotando os seus direitos em tais jurisdições, bem como naquelas onde se protejam direitos similares. Ainda, nas palavras deste autor, o raciocínio por trás da doutrina reside em traçar um equilíbrio entre o interesse público e os interesses dos titulares, incentivando a livre circulação de mercadorias, e conciliando-a com os direitos exclusivos decorrentes da proteção da propriedade intelectual. Para Thomas Carsten FINK e Jayashree WATAL, a exaustão internacional aumenta a concorrência dentro do país de destino e reduz o preço do produto para o mercado consumidor

²²⁴.

O princípio da exaustão está presente nos acordos WCT (artigo 6(2)) e WPPT (artigos 8º e 12.2). Durante as negociações para a redação destes tratados, foram levantadas duas alternativas pelas quais poderia ser pautado o princípio da exaustão, considerando os direitos exclusivos dos autores e titulares na distribuição (e importação) de suas obras²²⁵: a primeira²²⁶, com base nos regimes nacional ou regional de exaustão, daria ao titular o

²²² C- 56/64 e 58/64, Etablissement Consten SARL & Grundig-Verkaufs-GmbH v. EC Commission, [1966] ECJ 299; 78/70, Deutsche Grammophon GmbH v. Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co KG, [1971] ECR 487; 119/75, Société Terrapin (Overseas) Ltd. v Société Terranova Industrie CA Kapferer & Co., [1976] 2 ECR 1039; C-427/93, C-429/93 and C-436/93, Bristol-Myers Squibb v Paranova A/S (C-427/93) and C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG and Boehringer Ingelheim A/S v Paranova A/S (C-429/93).

²²³ VERMA, S. K., “Exhaustion of Intellectual Property Rights and Free Trade - Article 6 of the TRIPS Agreement”, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 1998.

²²⁴ FINK, Carsten, “Entering the jungle of intellectual property rights exhaustion and parallel importation”, in MASKUS, Keith; FINK, Carsten. *Intellectual property and development. Lessons from Recent Economic Research*. New York: World Bank and Oxford University Press, 2005, p. 171 -187; WATAL, Jayashree, “Parallel imports and IPR-based dominant positions: where do India’s interest lie?”, in COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros; PANIZZON, Marion (eds.). *Intellectual Property: Trade, Competition and Sustainable Development*. University of Michigan Press, 2003, p. 206 e ss, para quem um regime restritivo de exaustão pode causar o aumento dos preços de bens essenciais nos países desenvolvidos e encarece-los nos países em desenvolvimento.

²²⁵ WIPO. Diplomatic Conference on Certain Copyright And Neighboring Rights Questions - Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning The Protection Of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference.C.RNR/DC/4, 1996.

²²⁶ (1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:

(i) the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership;

(ii) the importation of the original and copies of their works, even following any sale or other transfer of ownership of the original or copies by or pursuant to authorization.

(2) National legislation of a Contracting Party may provide that the right provided for in paragraph (1)(i) does not apply to distribution of the original or any copy of any work that has been sold or the ownership of which has been otherwise transferred in that Contracting Party’s territory by or pursuant to authorization.

direito de exclusividade de distribuição da obra, podendo impedir a entrada no país de obras importadas sem o seu consentimento, à exceção daquelas utilizadas para fins não comerciais. A segunda alternativa²²⁷ permitiria aos Membros a escolha do regime internacional de exaustão para regulamentar seu mercado doméstico, ficando o direito do titular restrito ao ato da primeira venda. Ao final, foi aceita a redação do artigo que mais se aproximou da segunda alternativa.

A exaustão de direitos sobre as obras artísticas literárias e os direitos conexos não se estende para qualquer outro direito, como o de reprodução ou de disponibilização da obra e seus direitos conexos, independentemente da possibilidade da adoção pelo país de destino da denominada “solução guarda-chuva”, por meio da qual se assegura a obra e a seus direitos conexos e correlatos a mesma destinação jurídica, sedo este o caso, por exemplo, da reprodução sem autorização da obra que teve sua distribuição autorizada com base no esgotamento de direitos. Portanto, nestes acordos, o termo “distribuição” deve ser compreendido de forma restrita²²⁸.

A relação das disposições sobre princípio da exaustão de direitos presentes nos artigos WCT e WPPT com a CUB não é clara. Além do princípio da exaustão não estar previsto expressamente na CUB, o artigo 5(2) consagra os princípios da não imposição de formalidades e da independência em direitos de autor, de acordo com os quais o gozo dos direitos de autor não está subordinado a qualquer formalidade. Igualmente, para o reconhecimento dos direitos do titular basta a solicitação da proteção, não podendo o Estado em que a proteção é reclamada alegar obstáculos para garanti-la com base na legislação do local de origem da obra. É dever de cada país signatário da CUB assegurar aos titulares, através de suas leis internas, a proteção aos direitos sobre suas obras²²⁹.

Representando uma limitação aos direitos conferidos, porém se diferenciando das exceções por sua natureza, a exaustão de direitos não pode ser enquadrada automaticamente dentre as exceções aos direitos de autor previstas no artigo 9.2 da CUB. Esta é a razão porque o Acordo TRIPS previu em seções diversas a exaustão de direitos e as exceções aos

(3) The right of importation in paragraph (1)(ii) does not apply where the importation is effected by a person solely for his personal and non-commercial use as part of his personal luggage.

²²⁷ (1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership.

(2) A Contracting Party may provide that the right provided for in paragraph (1) does not apply to distribution after the first sale or other transfer of ownership of the original or copies of works by or pursuant to authorization

²²⁸ WIPO. FICSOR, Mihály. *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO*. Geneva, WIPO, 2003, p. 288.

²²⁹ WIPO. *Interface between Exhaustion of Intellectual Property Rights and Competition Law*. CDIP/4/4 REV./STUDY/INF/2. Geneva: WIPO Secretariat, 2011.

direitos de autor, bem como a explicação para que se identifique exaustão de direitos como flexibilidade e não como exceção ou limitação aos direitos de autor²³⁰.

De todo o modo, nada impede que o autor tente bloquear a importação paralela de uma obra se ela não estiver de acordo com a sua reintrodução naquele mercado, bastando a alegação de ofensa à Regra dos Três Passos, isto é, de que a importação (i) não se trata de um caso especial, (ii) conflita com a exploração normal da obra e (iii) causará prejuízos injustificados aos interesses do titular²³¹. Como se nota, ainda que de natureza diversa, a lógica do princípio de esgotamento de direitos é compatível com a racionalidade da Regra dos Três Passos, cabendo ao intérprete, no caso concreto, identificar eventual violação aos direitos de autor e ao comércio internacional.

É oportuno ressaltar que a abordagem restritiva adotada pelo TRIPS para a Regra dos Três Passos está de acordo com os limites territoriais e de exceções e limitações aos direitos de autor previstos no sistema de comércio internacional, visto estabelecida no já mencionado artigo 9.2 da CUB, cujas origens remontam à Ata de Estocolmo de 1967. Dessa forma, a autonomia dos Membros da OMC foi previamente limitada, considerando que o Acordo TRIPS faz remissão expressa em seu artigo 1º ao atendimento das normas oriundas do sistema unionista²³².

Além disso, na oportunidade em que o conteúdo da Regra dos Três Passos foi analisado, o Órgão de Solução de Controvérsias no caso *Estados Unidos – Seção 110(5) da Lei de Direitos de Autor* (DS 160)²³³, interpretou a Regra literalmente, considerando que esta seria uma norma padrão para a avaliação da legalidade das limitações aos direitos de autor fixadas pelos Membros da OMC. O Grupo Especial reduziu significativamente o alcance dos limites aos direitos de autor, deixando para os Membros pouca ou nenhuma liberdade na adoção de políticas públicas domésticas visando ao acesso às obras artísticas e literárias, especialmente em ambientes digitais.

²³⁰ CONSUMERS INTERNATIONAL. *Copyright and Access to Knowledge: Policy Recommendations on Flexibilities in Copyright Laws*. Kuala Lumpur: Asia Pacific Office, Consumers International, 2006.

²³¹ BASSO, Maristela. *Importação Paralela. Efeitos no Comércio Internacional e nos Direitos de Propriedade Intelectual*, cit., p. 46.

²³² Art. 1º.3. Os Membros concederão aos nacionais de outros Membros(l) o tratamento previsto neste Acordo. No que concerne ao direito de propriedade intelectual pertinente, serão considerados nacionais de outros Membros as pessoas físicas ou jurídicas que atendam aos critérios para usufruir da proteção prevista estabelecidos na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados, quando todos os Membros do Acordo Constitutivo da OMC forem membros dessas Convenções.(2) Todo Membro que faça uso das possibilidades estipuladas no parágrafo 3º do art.5 ou no parágrafo 2º do art.6 da Convenção de Roma fará uma notificação, segundo previsto naquelas disposições, ao Conselho para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (o "Conselho para TRIPS").

²³³ WT/DS114/R

Contribuindo para uma interpretação consistente destes tratados internacionais e oferecendo um caminho mais aberto para a conciliação de interesses de titulares e usuários, a Declaração Uma Interpretação Equilibrada do Teste dos Três Passos do Direito de Autor, redigida pelo Instituto Max Planck de Propriedade Intelectual²³⁴ estabelece que “A *Regra dos Três Passos* deve ser interpretada visando a legitimar os interesses de terceiros, incluindo: (i) interesses derivados dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais; (ii) interesses em competição, notadamente nos mercados secundários; (iii) outros interesses, notadamente no progresso científico, ou o desenvolvimento cultural e econômico.”.

Assim, quando corretamente aplicada, a Regra dos Três Passos demanda uma avaliação conjunta e abrangente, ao contrário do que sugere a sua redação e a interpretação literal de seu texto. A mencionada Regra não objetiva discriminar ou interesses de titulares e usuários e, tampouco, ferir o equilíbrio necessário para a consecução de tais interesses. Pelo contrário, se da interpretação da Regra resultarem interpretações contraditórias, causadas pela aplicação individualizada dos passos, elas deverão ser adaptadas a partir de uma avaliação conjunta e abrangente de seus elementos. Infelizmente, esta abordagem tem sido ignorada em casos concretos, tese reforçada em vista da assinatura frequente de acordos bilaterais e de livre comércio, bem como pelos Acordos WPPT e WCT, mais preocupados com o fortalecimento dos níveis de proteção²³⁵.

A redução de contrastes e o equilíbrio ótimo entre os interesses dos titulares e daqueles que necessitam da utilização destes bens exige a adoção de políticas públicas, as quais passam pelo estudo dos limites aos direitos autorais, seja por via das flexibilidades ou por via do sistema de exceções e limitações, todos previstos no Acordo TRIPS²³⁶. O desafio reside na implementação de políticas uniformes quando se tem como foco o acesso a materiais educacionais, especialmente os materiais tecnológicos voltados para este fim,

²³⁴ A Declaração de Munique, alinhada com a Regra dos Três Passos, estabelece parâmetros de interpretação para a obtenção de domínio público adequado, considerando que as regras de Direito Internacional são processadas dentro de normas locais. Esses parâmetros visam a atender os intentos dos países em desenvolvimento e alinhar com a sua necessidade e sua perspectiva constitucional. A referida Declaração consiste, na realidade, em um trabalho desenvolvido pelo Instituto Max Planck para a Propriedade intelectual e a Escola de Direito da Queen Mary, em Londres. *Declaração Uma Interpretação Equilibrada do Teste dos Três Passos do Direito de Autor, redigida pelo Instituto Max Planck de Propriedade Intelectual*. Disponível em < http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration_three_step_test_final_portuguese1.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2013.

²³⁵ RENS, Andrew; PRABHALA, Achal; KAWOOYA, Dick. *Intellectual Property, Education and Access to Knowledge in Southern Africa*. ICTSD, 2006.

²³⁶ Enquanto as limitações constituem disposições legais que reduzem a extensão que o titular possui sobre o direito de exclusiva, as exceções tratam-se da permissão, por expressa previsão legal, de condutas dos usuários que, fora das situações estabelecidas por lei, constituiriam infração ao titular dos direitos de Propriedade Intelectual que delas são objeto. GEIGER, Christophe. *Droit d’auteur et droit du public à l’information. Approche de droit compare*, cit., p. 210.

considerando a função facilitadora da exaustão internacional de direitos na obtenção de material com base no consentimento do autor ou titular uma única vez, e da comercialização das obras a baixos custos para este fim.

Por esta razão, a proposta de harmonização de interesses proposta pela Agenda para o Desenvolvimento constitui interessante contribuição para estabelecer um regime jurídico que contribua (e não apenas prejudique) para o acesso ao conhecimento, ainda mais em se tratando de educação, considerada direito fundamental e bem essencial.

2.4. Agenda da OMPI: comércio internacional enquanto instrumento de promoção do desenvolvimento

São dois os principais argumentos contrários ao monopólio legal concedido via direitos de propriedade intelectual: (i) de um lado, o impedimento à inovação e à criatividade, promovendo o bem-estar social, econômico e cultural; e (ii) de outro, as dificuldades no desenvolvimento de práticas inovadoras, que podem impedir o acesso à informação e ao conhecimento e tecnologia não somente no Norte, mas também no Sul.

Por meio do Grupo dos Amigos do Desenvolvimento, em 2004, foi destacada a importância da OMPI na promoção da criação intelectual criativa e na facilitação da transferência de tecnologia para o aceleração do desenvolvimento econômico, social e cultural de seus Estados-membros. A participação de governos, organizações intragovernamentais, acadêmicos, consumidores/usuários e ONGs do mundo todo foi de grande relevância.

Os bens de conhecimento são relevantes ferramentas porque: (i) se pode controlar os usuários destes bens, (ii) podem promover o progresso tecnológico, econômico, cultural e social, como se dá, por exemplo, com o uso do programas de computador livres e de código aberto (o que não significa ser adepto do *free riding*, mas sim impedir a disseminação de uma falsa ideia de competição, baseada na verdade em um monopólio). Por isso, a construção de uma consistente política pública de direitos de autor não se trata somente de um cálculo econômico, mas também coadunar interesses políticos e econômicos, possibilitando o desenvolvimento econômico necessário a todos os países participantes do comércio multilateral.

2.4.1. A proposta conjunta de Brasil e Argentina

No contexto internacional, o Brasil é considerado pioneiro na apresentação de demandas que visem a estabelecer novos modelos para a proteção da propriedade intelectual levando em consideração o desenvolvimento econômico e social. Em 1961, o governo brasileiro submeteu à Assembleia Geral das Nações Unidas um projeto de resolução sobre acesso ao conhecimento, abordando especificamente os problemas gerados pela proteção patentária²³⁷. Contudo, o BIRPI, temendo o deslocamento das discussões envolvendo propriedade intelectual para o fórum das Nações Unidas, pressionou pela mudança de tom das negociações, que resultou na Resolução da ONU n° 1713(XVI), intitulada “*The role of patents in the transfer of technology to underdeveloped countries*”, que acabou por apresentar conteúdo diverso daquele esperado pela delegação brasileira²³⁸.

Anos mais tarde, em 2004, porém com objetivos similares aos de 1961, Brasil e Argentina propuseram no âmbito da OMPI a Agenda para o Desenvolvimento, a qual visa à elaboração de um novo cenário para construção e balanceamento do sistema de propriedade intelectual.

A iniciativa desses países foi bem recebida por outros países em desenvolvimento, acabando por, juntos, formarem o grupo “Amigos para o Desenvolvimento”, formado por quatorze países, responsáveis por acompanharem a tramitação da Agenda na OMPI. O grupo conta, ainda, com o apoio de acadêmicos, organizações não governamentais e grupos da sociedade civil.

Referido documento surgiu em reação ao movimento de criação de regras TRIPS-plus, que, como destacado no Capítulo 1, tem provocado distorções no comércio internacional e nas relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento²³⁹. Para Dutfield GRAHAM e Uma SUNTHERSANEN²⁴⁰, a Agenda para o Desenvolvimento tem relação direta com estudo produzido em 2002 pela Comissão de Direitos de Propriedade

²³⁷ MGBEOJI, Ikechi. *Global Biopiracy: Patents, Plants, and Indigenous Knowledge*. New York: Cornell University Press, 2006, p. 174; 225.

²³⁸ UNITED NATIONS. *The Role of Patents in the Transfer of Technology to Underdevelopment Countries*. UN Doc. A/C.2/L.565, 8 November 1961.

²³⁹ Conforme a solicitação WO/GA/31/11, apresentada pela Missão Permanente do Brasil em Genebra para a OMPI, datado de 4 de outubro de 2004, além de Brasil e Argentina, aderiram à Proposta da Agenda para o Desenvolvimento África do Sul, Bolívia, Cuba, Egito, Equador, Irã, Peru, Quênia, República Dominicana, Serra Leoa, Tanzânia, Venezuela. Juntos, constituíam o grupo “Amigos para o Desenvolvimento. WIPO. Proposal by Argentina and Brazil for the Establishment of a Development Agenda for WIPO. Thirty-First (15th Extraordinary) Session Geneva, September 27 to October 5, 2004. WO/GA/31/11.

²⁴⁰ GRAHAM, Dutfield; SUNTHERSANEN, Uma. *Global Intellectual Property Law*, cit., p. 275- 277.

Intelectual (CIPR, em inglês, *Commission on Intellectual Property Rights*)²⁴¹, trabalho patrocinado pelo governo do Reino Unido e que analisou as formas como os direitos de propriedade intelectual poderiam ser melhor aplicadas aos países em desenvolvimento.

De forma geral, a CIPR apresentou sérias dúvidas quanto aos benefícios auferidos pelos países em desenvolvimento com o sistema atual de propriedade intelectual e os procedimentos de fortalecimento e aplicação desses direitos. Além disso, em sua opinião, o TRIPS impõe custos onerosos para muitos desses países, provando que a abordagem “*one size fits all*” não funciona adequadamente, em especial quando se requer níveis de proteção altíssimos como os verificado nos dias de hoje (níveis de proteção que devem aumentar no futuro), solução que é ainda mais questionável em se tratando de bens de acesso à informação e ao conhecimento.

Para a CIPR, os problemas são mais graves em relação a locais onde se verifica significativa discrepância entre a demanda por bens do conhecimento e o acesso a tais bens. A chegada da era digital oferece grandes oportunidades para os países em acesso à informação e conhecimento em desenvolvimento. O surgimento de bibliotecas e arquivos digitais, bem como de programas de ensino à distância e a capacidade de cientistas e pesquisadores para acessar em tempo real bancos de dados online em tempo real são apenas alguns exemplos. Todavia, não se pode desconsiderar os riscos à disseminação do conhecimento, trazidos pelas novas formas de compelir o usuário ao pagamento pelo uso da informação, como é o caso da tecnologia *pay-to-view*. Cabe ressaltar que o uso de novas formas de controle do uso das obras artísticas e literárias se fazem necessárias em ambiente virtual, porém, de forma ponderada.

Em suma, o relatório elaborado pela CIPR evidenciou que um sistema adequado de propriedade intelectual leva em consideração os diferentes níveis de desenvolvimento dos países que dele participam. Nesse sentido, em países como Brasil, Índia ou China não se pode desconsiderar a importância que a proteção dos direitos de autor possui para o mercado interno.

²⁴¹ COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy Commission on Intellectual Property Rights*. London, United Kingdom: 2002. A CIPR reuniu profissionais e acadêmicos com diferentes formações na área da propriedade intelectual: John Barton (Universidade de Stanford), Daniel Alexander, Carlos Correa (Universidade de Buenos Aires), Ramesh Mashelkar Frs (Diretor Geral do Conselho de Pesquisa Industrial e Científica da Índia), Gill Samuels CBE (Diretor Geral do Departamento Europeu de Relações Científicas e Políticas da Pfizer) e Sandy Thomas (Diretor do Conselho da Nuffield Bioethics).

2.4.2. Declaração do Milênio: preparação para a Agenda para o Desenvolvimento

Conforme pontuado pelo Comitê de Desenvolvimento e Propriedade Intelectual, o maior objetivo da Agenda para o Desenvolvimento é obter o cumprimento, pelos países desenvolvidos, das metas estabelecidas como mandato da ONU pela Declaração do Milênio²⁴², as quais se estendem a todo o seu sistema organizacional especializado. Trata-se de “uma estrutura para alcançar resultados concretos e práticos de curto e longo prazo”, destinada a enfrentar os desafios de desenvolvimento, o qual, para todos os Membros, é o desafio global mais crítico ser enfrentado nos dias atuais.”²⁴³.

Adotada no âmbito da Assembleia Geral da ONU, a Declaração do Milênio foi assinada durante a Cúpula do Milênio das Nações Unidas, realidade em setembro de 2000, quando foram estabelecidas metas que visam ao desenvolvimento sustentável, econômico e humano. A ONU, juntamente com seus Estados-membros, têm o dever de implementar, de quinze a vinte anos contados da assinatura da Declaração, políticas públicas voltadas para o desenvolvimento, como a disponibilização do acesso a novas tecnologias, a universalização da educação e o estabelecimento de parcerias com entidades multilaterais, como a OMC e as instituições de Bretton Woods.

Porém, passados treze anos, ainda há muito a ser feito. De acordo com o relatório elaborado pelo Comitê de Políticas para o Desenvolvimento das Nações Unidas, intitulado “*The United Nations Development Strategy Beyond 2015*”²⁴⁴, os países em desenvolvimento ainda têm apresentado dificuldades em negociar seus interesses nos

²⁴²Declaração do Milênio das Nações Unidas, 8 de Setembro de 2000.

²⁴³ “a OMPI tinha um mandato específico para promover o desenvolvimento (...)” e, consequentemente, “teve de continuar a desempenhar o seu papel, juntamente com outros órgãos das Nações Unidas, colocando o seu mandato em ação e fazendo de fato diferença nos objetivos e aspirações de todos os Estados-Membros e os seus cidadãos”. Em essência, portanto, visto que a história é importante e precisa ser considerada, a questão hoje não se pauta naquilo que a OMPI fez ou deixou de fazer no passado, mas como a organização deve se posicionar no século 21 para contribuir de forma plena e significativa para enfrentar os desafios de desenvolvimento, o qual, para todos os membros, é o desafio global mais crítico que enfrentamos hoje.”. Tradução livre do texto: “As pointed out by the Delegation of the UK on behalf of the European Community (EC), its Member States and the Acceding States of Bulgaria and Romania at the General Assembly, this means that, “WIPO had a specific mandate to promote development...” and consequently, “WIPO had to continue to play its role, together with other UN bodies, putting its mandate into action and making a concrete difference to the goals and aspirations of all Members States and their citizens”. In essence therefore, while history is important and needs to be taken into account, the issue today is not so much what WIPO did or did not do in the past, but how the organisation should be positioned in the 21st Century to contribute fully and meaningfully to addressing the development challenges which all WIPO Members agree is the most critical global challenge we face today.”

WIPO. Provisional Committee on Proposals related to a WIPO Development Agenda. *Proposal For The Establishment of a Development Agenda For WIPO: a Framework for Achieving Concrete and Practical Results in the Near and Longer Terms*. First Session, Geneva, February 20 to 24, 2006. PCDA/1/5.

²⁴⁴ UNITED NATIONS. *The United Nations Development Strategy Beyond 2015*. Committee for Development Policy (UNCDP). New York: United Nations Publication, 2012.

fóruns internacionais, haja vista a múltipla e complexa arquitetura de ambientes de negociação envolvendo os direitos de propriedade intelectual, o que impacta diretamente no processo de elaboração de normas voltadas para a educação e o acesso ao conhecimento.

Por essa razão, em sua conclusão, o relatório destaca que persiste como meta a ser atingida a expansão de um ambiente favorável à proteção da propriedade intelectual, no qual não se atenda somente às regras *per se*, mas que também tenha por preocupação fortalecer a capacidade de transformação dos países em desenvolvimento, para moldar as regras como um processo contínuo e implementá-las e utilizá-las como apoio de seus objetivos de desenvolvimento²⁴⁵.

2.4.3. Agenda para o Desenvolvimento

Instituída em 2007, a Agenda para o Desenvolvimento consistiu na criação da Comissão para o Desenvolvimento e Propriedade Intelectual (*Committee on Development and Intellectual Property – CDIP*)²⁴⁶ e na adoção do conjunto de quarenta e cinco recomendações que tratam sobre questões envolvendo desenvolvimento e propriedade intelectual.

Ao abordar tratar sobre educação, a Agenda para o Desenvolvimento propõe “*um regime internacional que promova o acesso dos países em desenvolvimento para os resultados da investigação financiada por fundos públicos nos países desenvolvidos*”²⁴⁷, a imposição de obrigações, bem como a atribuição de direitos aos legítimos detentores de direitos de autor, de modo que “*os custos sociais de proteção à propriedade intelectual sejam mantidos no mínimo*”, para que haja “*equilíbrio adequado entre os produtores e usuários do conhecimento tecnológico, de forma que atenda plenamente ao interesse público*”²⁴⁸.

Como é sabido, os Estados-membros da OMPI e da OMC se encontram em diferentes estágios de desenvolvimento e necessitam de diferentes níveis de proteção, com

²⁴⁵ Relatório citado na nota de rodapé 44, p. 51 e 52.

²⁴⁶ São funções do CDIP: (i) desenvolver um programa de trabalho para a implementação das quarenta e cinco recomendações aprovadas, (ii) acompanhar, avaliar, discutir e informar sobre a implementação de todas as recomendações aprovadas, e para esse fim, coordenar as questões juntamente com os órgãos da OMPI e (iii) discutir questões relacionadas ao propriedade intelectual e desenvolvimento, conforme acordado pela Comissão, bem como as decididas pela Assembleia Geral.

²⁴⁷ Proposta WIPO WO/GA/31/11

²⁴⁸ Proposta WIPO WO/GA/31/11

combinações de exclusividade e acesso a incentivos adequados à sua condição econômica e social. Esse fator é importante para a compreensão da Agenda para o Desenvolvimento, que considera que *“os desafios globais devem ser geridos de um modo que sejam distribuídos custos e responsabilidades de acordo com os princípios básicos de equidade e justiça social. Aqueles que sofrem mais ou são menos beneficiados merecem ajuda daqueles que mais se beneficiam.”*. Ainda, *“os benefícios das novas tecnologias, especialmente tecnologias de informação e comunicação devem estar disponíveis para todos.”*²⁴⁹.

Destaque-se que a Agenda para o Desenvolvimento dialoga não somente com os acordos internacionais de propriedade intelectual, mas também com o sistema internacional da ONU, especialmente na promoção da educação para o desenvolvimento²⁵⁰. No mais, é dever da OMPI, enquanto organização especializada pertencente ao sistema ONU, respeitar os preceitos desta Organização e guiar suas ações para a promoção de ações que tenham por objetivo estabelecer equilíbrio de interesses.

As quarenta e cinco recomendações foram organizadas em seis grupos (os chamados *“clusters”*) e refletem os principais pontos de atenção da Agenda. As recomendações exigem uma ampla gama de ações para implementação, as quais necessariamente envolvem projetos e atividades voltados para o desenvolvimento de princípios e objetivos que devem continuar a orientar o trabalho da Organização. São elas:

- (i) Grupo A – assistência técnica e capacitação;
- (ii) Grupo B – normas de configuração, flexibilidades, políticas públicas e domínio público;
- (iii) Grupo C – transferência de tecnologia, tecnologias de informação e comunicação (TIC) e acesso ao conhecimento;
- (iv) Grupo D – avaliação, estimativa e estudos de impacto;
- (v) Grupo E – questões institucionais, incluindo mandato e governança;
- (vi) Grupo F – outras questões.

Considerando os objetivos do presente trabalho, centralizaremos a análise das recomendações dos grupos B e C que estão diretamente relacionadas com as demandas de

²⁴⁹ Proposta WIPO WO/GA/31/11

²⁵⁰ Por exemplo, o Plano de Implementação de Johannesburg, adotado pela Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em 2002, na África do Sul, afirma ser a educação elemento fundamental para a promoção do desenvolvimento sustentável.

acesso ao conhecimento com fins de promoção dos direitos humanos, bem como as que abordam diretamente as limitações e exceções aos direitos autorais²⁵¹:

- (i) Objetivo de promoção de modelos e implementação de provisões sobre práticas anticompetitivas e sobre flexibilidades e limitações do Acordo TRIPS e dos acordos que compõem o sistema OMPI;
- (ii) Preservação e a proteção de um domínio público robusto e vívido, bem como a garantia das limitações e exceções;
- (iii) Dever do sistema internacional de proteção de direitos de propriedade intelectual refletir não apenas os interesses de países desenvolvidos e de detentores de direitos de propriedade intelectual, mas que também leve em consideração o interesse público, os anseios dos países em desenvolvimento e da sociedade civil;
- (iv) Compatibilização deste sistema de proteção com outros instrumentos internacionais que reflitam e promovam os objetivos do desenvolvimento, em particular instrumentos internacionais sobre Direitos Humanos.

A adoção destas recomendações constitui primeiro passo crucial para demonstrar que a OMPI está disposta a discutir com os países em desenvolvimento e com a comunidade internacional uma nova forma de tratar os direitos da propriedade intelectual, haja vista sua dinamicidade. Os fatos indicam que a OMPI estaria se movendo em direção à incorporação da Agenda para o Desenvolvimento no âmbito das suas políticas.

Dessa forma, os direitos de propriedade intelectual devem servir ao interesse público, o qual está diretamente relacionado à educação, a qual além de constituir um bem público em si mesmo, é pré-requisito para a obtenção de outros bens públicos, como o desenvolvimento de habilidades necessárias para a formação de uma nação informada e capacitada. Assim, os limites aos direitos de autor para a promoção da educação desempenham papel importante no âmbito dos regimes de direitos autorais, já que esta é essencial para o desenvolvimento de futuros criadores e utilizadores de obras e invenções.

É possível estimular o autor a compartilhar suas obras quando requisitadas com base em objetivos legítimos por meio do estímulo à comercialização bem-sucedida de seu

²⁵¹ Disponível em < <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/>>. Acesso em 24 mai. 2012.

trabalho. O direito de exclusiva garantido pelo sistema de propriedade intelectual não deve servir para a monopolização do trabalho, da tecnologia desenvolvida e, tampouco, para impedir o acesso ao mercado por usuários ou concorrentes. Por isso, os limites aos direitos de autor, ainda que estejam longe de alcançar o nível ótimo de regulamentação, são instrumentos poderosos para a promoção do acesso ao conhecimento.

2.4.3.1. Projetos apresentados

As rodadas de discussões sucessivas envolvem os Estados-membros da OMPI, ONGs, acadêmicos, representantes dos setores econômicos direta e indiretamente afetados pelas medidas propostas pela Agenda para o Desenvolvimento e objetivam estabelecer metas de possível concretização²⁵². Nesse sentido, a aceitação, pelo Comitê Permanente da OMPI para Direitos de Autor e Conexos, de três projetos relacionados ao tema, os quais, além de atender aos objetivos da Agenda, visam a cumprir as metas previstas pela Declaração do Milênio.

Destas metas, mencionadas nos tópicos 2.4.2 e 2.4.3 deste Capítulo, três delas foram consideradas prioritárias. A primeira delas, trata da importância de previsão de exceções e limitações para pessoas com deficiências visual de leitura de material impresso, e resultou na assinatura de um tratado internacional sobre a matéria, o qual já se encontra em fase de ratificação. A implementação das disposições deste novo tratado internacional da OMPI exige o desenvolvimento de uma plataforma robusta, capaz de possibilitar o acesso físico e eletrônico ao material que dela faça parte, especialmente para fins educacionais, o que, sem dúvida, passa pelo cumprimento da segunda meta, o fortalecimento do domínio público.

Ao final, com estudos regionais que levem em consideração as particularidades de cada território, com foco nos impactos econômicos e sociais causados pela delimitação de acesso às obras protegidas e as dificuldades para o fortalecimento do domínio público, passamos para a terceira prioridade: análise do papel que o sistema de direitos autorais

²⁵² Sob a égide do Comitê Provisório para a Agenda para o Desenvolvimento foram realizadas quatro rodadas de discussões e negociações para a elaboração da Agenda (Provisional Committee on Proposals Related to a WIPO Development Agenda - PCDA), nas seguintes datas: (i) 20 a 24 de fevereiro de 2006: discussão das propostas iniciais apresentadas pelos países em desenvolvimento para um plano de longo prazo; (ii) 26 a 30 de junho de 2006: discussão das pautas a serem tratadas na Agenda; (iii) 19 a 23 de fevereiro de 2007: definição das pautas de discussão da Agenda; e (iv) 11 a 15 de junho de 2007: implementação do plano para adoção das recomendações previstas pela Agenda.

pode desempenhar para permitir o acesso às tecnologias de informação e comunicação, resultando em acesso ao conhecimento.

2.4.3.1.1. Acordo para Facilitar o Acesso às Obras Publicadas por Pessoas com Deficiência Visual e Pessoas com Deficiência na Leitura de Materiais Impressos

O primeiro deles, adotado na Conferência Diplomática realizada em Marraqueche entre 17 e 28 de junho de 2013, consiste no Acordo para Facilitar o Acesso às Obras Publicadas por Pessoas com Deficiência Visual e Pessoas com Deficiência na Leitura de Materiais Impressos. Este documento representa importante vitória para os deficientes visuais, especialmente para aqueles localizados em países em desenvolvimento²⁵³.

De acordo com pesquisa realizada pela própria OMPI em 2006, menos de 60 (sessenta) países apresentam limitações e cláusulas de exceções em suas leis de direitos autorais destinadas para pessoas com deficiência visual, por exemplo, Braille, letras grandes ou faixas de áudio digitalizadas originadas de textos protegidos por direitos autorais²⁵⁴. Além disso, a União Mundial de Cegos, atesta que menos de 5 (cinco) por cento dos milhões de livros publicados anualmente em todo o mundo são disponibilizadas em formatos acessíveis a pessoas com deficiência visual²⁵⁵.

Ademais, as dificuldades de acesso às obras estão diretamente relacionadas com o caráter territorial dos direitos de autor, pois as isenções concedidas às importações e exportações na maioria dos países não abrangem a importação ou exportação de obras convertidas em formatos acessíveis, ainda que entre países com normas aduaneiras semelhantes. Por essa razão, as licenças de direitos autorais para uso desse material devem ser negociadas em cada país, seja para a troca de obras em formato especial ou para a produção e disponibilização interna das obras nesse formato, transformando o acesso ao conhecimento e à informação em um empreendimento caro que limita severamente o acesso de pessoas com deficiência visual a obras impressas de todos os tipos.

²⁵³ Segundo a OMS, existem mais de 314 milhões cegos e deficientes visuais no mundo, sendo que noventa por cento deles vivem em países em desenvolvimento. WHO. *Global Initiative for the Elimination of Avoidable Blindness – Action Plan 2006 – 2011*. France: WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, 2007.

²⁵⁴ Disponível em <http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2013/article_0012.html>. Acesso em 27 de setembro de 2013.

²⁵⁵ WBU. WBU E-BULLETIN, vol. 6, issue 4, oct 2012.

O referido tratado inova ao trazer o conceito de “obra em formato acessível”, a qual deve ser compreendida como o material resultante da reprodução da obra protegida em formato de fácil acesso para qualquer pessoa, especialmente para as aquelas que possuam deficiência visual ou dificuldades de leitura de obras impressas – os efetivos destinatários das regras do Tratado.²⁵⁶ Importa ressaltar que a menção a usuários comuns, sem qualquer tipo de deficiência visual, trata-se de técnica comparativa utilizada pelo Tratado, uma vez que o artigo 2(a) é enfático ao afirmar que o acesso às obras será destinado exclusivamente aos sujeitos com deficiências visuais, cabendo-lhes respeitar a integridade da obra. Assim, a alteração da obra é permitida em caráter excepcional e somente para facilitar o acesso da pessoa com deficiência visual ao seu conteúdo.

Além disso, o Tratado é pioneiro ao prever a participação das denominadas “entidades autorizadas”, que consistem em instituições sem fins lucrativos, autorizadas ou reconhecidas pelo governo, destinadas a proporcionar educação, treinamento, recursos para a leitura adaptativa ou acesso à informação pelos sujeitos beneficiados pelo Tratado²⁵⁷.

Esta a primeira vez em que a OMPI reconhece em seus acordos a importância das exceções e limitações aos direitos de autor com fins exclusivamente educacionais. Conforme o artigo 4(a), é dever dos signatários estabelecer em suas leis nacionais limitações e exceções em direitos de autor para possibilitar os direitos de reprodução, distribuição e de acesso ao público às obras, mediante formato de fácil acesso, alternativo ao formato original, e destinado exclusivamente às pessoas beneficiadas pelo Tratado, de acordo com os termos estabelecidos pelo Tratado da OMPI sobre direitos autorais²⁵⁸.

Como exceções e limitações aos direitos de autor, exemplificadas pelo Tratado, é permitido às entidades autorizadas a troca de material com outras entidades, a distribuição

²⁵⁶ Art. 2 (b) “accessible format copy” means a copy of a work in an alternative manner or form which gives a beneficiary person access to the work, including to permit the person to have access as feasibly and comfortably as a person without visual impairment or other print disability. The accessible format copy is used exclusively by beneficiary persons and it must respect the integrity of the original work, taking due consideration of the changes needed to make the work accessible in the alternative format and of the accessibility needs of the beneficiary persons;

²⁵⁷ Art. 2(c) “authorized entity” means an entity that is authorized or recognized by the government to provide education, instructional training, adaptive reading or information access to beneficiary persons on a non-profit basis. It also includes a government institution or non-profit organization that provides the same services to beneficiary persons as one of its primary activities or institutional obligations.

²⁵⁸ Art. 4.1.(a) Contracting Parties shall provide in their national copyright laws for a limitation or exception to the right of reproduction, the right of distribution, and the right of making available to the public as provided by the WIPO Copyright Treaty (WCT), to facilitate the availability of works in accessible format copies for beneficiary persons. The limitation or exception provided in national law should permit changes needed to make the work accessible in the alternative format.

física ou por meios eletrônicos (incluindo via *internet*) com fins não comerciais para as pessoas beneficiadas e para outras entidades autorizadas²⁵⁹.

Ainda que o Tratado tenha excluído de sua competência o princípio do esgotamento de direitos, o artigo 6º estabelece regras de importação das obras artísticas e literárias sem o consentimento do autor. Assim, caberá aos Membros a previsão em sua legislação interna de permissão expressa às entidades autorizadas ou a quem as represente para a importação de obras protegidas por direitos de autor ou de suas cópias sem que seja necessário o prévio consentimento do autor, o que poderá ser feito por meios físicos ou eletrônicos e de rede, os quais em hipótese alguma deverão constituir barreira tendente a impedir o acesso dos sujeitos do Tratado ao material pretendido²⁶⁰.

Por fim, todas as disposições previstas pelo Tratado, além de serem orientadas pelos três principais acordos internacionais em matéria de direitos de autor, quais sejam, CUB, TRIPS e Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor, deverão ser direcionadas pela Regra dos Três Passos, conforme expressa previsão do artigo 11. Isto denota a importância que a visão voltada para o interesse público ganhou para os bens de propriedade intelectual, sendo mandatário a qualquer regime internacional de proteção proceder ao balanceamento entre direitos dos usuários e dos autores de obras e artísticas e literárias.

²⁵⁹ Art. 4.2. A Contracting Party may fulfill Article 4(1) for all rights identified therein by providing a limitation or exception in its national copyright law such that:

(a) Authorized entities shall be permitted, without the authorization of the copyright rightholder, to make an accessible format copy of a work, obtain from another authorized entity an accessible format copy, and supply those copies to beneficiary persons by any means, including by non-commercial lending or by electronic communication by wire or wireless means, and undertake any intermediate steps to achieve those objectives, when all of the following conditions are met:

- (i) the authorized entity wishing to undertake said activity has lawful access to that work or a copy of that work;
- (ii) the work is converted to an accessible format copy, which may include any
- (iii) means needed to navigate information in the accessible format, but does not
- (iv) introduce changes other than those needed to make the work accessible to the
- (v) beneficiary person;
- (vi) such accessible format copies are supplied exclusively to be used by beneficiary persons; and
- (vii) the activity is undertaken on a non-profit basis;

and

(b) A beneficiary person, or someone acting on his or her behalf including a primary caretaker or caregiver, may make an accessible format copy of a work for the personal use of the beneficiary person or otherwise may assist the beneficiary person to make and use accessible format copies where the beneficiary person has lawful access to that work or a copy of that work.

²⁶⁰ Art. 6º. To the extent that the national law of a Contracting Party would permit a beneficiary person, someone acting on his or her behalf, or an authorized entity, to make an accessible format copy of a work, the national law of that Contracting Party shall also permit them to import an accessible format copy for the benefit of beneficiary persons, without the authorization of the rightholder

A entrada do Tratado em vigor ocorrerá três meses após o depósito dos documentos de ratificação ou de acessão por vinte partes elegíveis²⁶¹. A inserção desse novo Tratado na ordem internacional referenda a importância do tema na pauta internacional e a urgência pela busca de medidas capazes de dialogar com estes importantes e aparentemente antagônicos direitos e buscar soluções de cunho integrativo.

2.4.3.1.2. Domínio Público

A segunda meta estabelecida consiste no fortalecimento do Domínio Público. Trata-se de meta bastante controversa, especialmente em direitos de autor, já tendo sido discutida pelo Órgão de Solução de Controvérsias na OMC no pedido de consultas dos Estados Unidos e União Europeia em desfavor do Japão, casos WT/DS28/1²⁶² e WT/DS42/1²⁶³.

Conforme expressamente reconhecido pelos artigos 70.2 e 70.3²⁶⁴, do Acordo TRIPS, cabe à CUB a regulamentação da matéria. A referida Convenção, no artigo 18²⁶⁵, determina que pertencem ao domínio público as obras que tenham expirado o prazo de

²⁶¹ Vide art.18. Ainda, de acordo com o artigo 15, poderão ser compreendidas como partes elegíveis os Membros da OMPI, a União Europeia, na qualidade de membro unitária, e organizações intergovernamentais com competência vinculada aos assuntos do Tratado e que estejam sob a jurisdição nacional de Membros da OMPI.

²⁶² *Japan-Measures Concerning Sound Recordings, Request for Consultations by the United States*, 14 de fevereiro de 1996.

²⁶³ *Japan-Measures Concerning Sound Recordings, Request for Consultations from the European Communities*, WT/DS42/1, 28 de fevereiro de 1996.

²⁶⁴ Art. 70.2. Salvo disposições em contrário nele previstas, este Acordo, na data de sua publicação para o Membro em questão, gera obrigações com respeito a toda a matéria existente, que esteja protegida naquele Membro na citada data, ou que satisfaça, ou venha posteriormente a satisfazer, os critérios de proteção estabelecidos neste Acordo. Com relação ao presente parágrafo e aos parágrafos 3º e 4º abaixo, as obrigações em matéria de direito do autor relacionadas com obras existentes serão determinadas unicamente pelo disposto no art.18 da Convenção de Berna (1971), e as obrigações relacionadas com os direitos dos produtores de fonogramas e dos artistas-intérpretes em fonogramas existentes serão determinadas unicamente pelo disposto no art.18 da Convenção de Berna (1971), na forma em que foi tornado aplicável pelo disposto no parágrafo 6º do art.14 deste Acordo.

Art. 70.3. Não haverá obrigação de restabelecer proteção da matéria, que, na data de aplicação deste Acordo para o Membro em questão, tenha caído no domínio público.

²⁶⁵ Art. 18. 1) A presente Convenção aplica-se a todas as obras que na data da entrada em vigor deste instrumento, não caíram ainda no domínio público nos seus países de origem por ter expirado o prazo de proteção.

2) Todavia, se uma obra, por ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido, caiu no domínio público no país onde a proteção é reclamada, não voltará a ser ali protegida.

3) A aplicação deste princípio efetuar-se-á de acordo com as estipulações contidas nas convenções especiais já celebradas ou a celebrar neste sentido entre países da União. Na falta de semelhantes estipulações, os países respectivos regularão, cada qual no que lhe disser respeito, as modalidades relativas a tal aplicação.

4) As disposições precedentes aplicam-se igualmente em caso de novas adesões à União e quando a proteção for ampliada por aplicação do artigo 7 ou por abandono de reservas.

proteção, não lhes sendo permitido ser “restabelecidas” ao status anterior. Esta regra se restringe ao território do Estado-membro onde a proteção é reclamada, sendo possível compreender, de sua literalidade, que a obra pode, todavia, ser protegida em outro território abrangido pela CUB se ali não tiver decorrido o período de proteção correspondente.

Para a OMPI, os elementos de direitos de autor presentes na solução dessa questão envolvem uma série de pesquisas, estudos e eventos de sensibilização para estabelecer com precisão o significado desse conceito em diferentes jurisdições. Para tanto, a Organização pretende dar maior enfoque para os sistemas de registro e documentação existentes nos Membros, e analisar a forma como estes sistemas podem contribuir para identificar o conteúdo de livre acesso, incluindo material didático²⁶⁶.

A doutrina vem desenvolvendo o significado e a abrangência do termo “domínio público”. Pamela SAMUELSON²⁶⁷ adota o conceito dicotômico para domínio público, definindo-o como espaço onde os recursos intelectuais existentes não poderiam ser restringidos pela propriedade intelectual, separando os bens intelectuais em dois grupos: bens sujeitos ao regime de propriedade (domínio privado) e bens destituídos de qualquer proteção (domínio público). Para Samuel ODDI²⁶⁸, o domínio público abrange obras de três grupos: (i) as obras para quais os autores não requereram a proteção por meio do sistema de propriedade intelectual; (ii) as obras que carecem de requisitos formais e materiais para a concessão da proteção, e (iii) as obras cujo prazo de proteção expirou, não cabendo mais a renovação.

Fabício POLIDO²⁶⁹ prefere adotar como critério o lapso temporal em que a informação ou tecnologia não se encontra submetida ao regime jurídico de propriedade, delimitando, assim, a apropriação privada. Nesse sentido, referido autor destaca a possibilidade do bem vir a deixar de ser objeto exclusivo do titular e se transformar em

²⁶⁶ WIPO Millenium Development Goals. Disponível em <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/millennium_goals/millennium_goal_2.html>. Acesso em 19 de setembro de 2013.

²⁶⁷ SAMUELSON, Pamela, “Preserving the Positive Functions of the Public Domain in Science”, in *Data Science Journal*, vol.2, 2003, p. 192-197.

²⁶⁸ ODDI, Samuel, “The Tragicomedy of the Public Domain in Intellectual Property Law”, in *Hastings Communication & Entertainment Law Journal* 1, vol. 23, 2002, p. 1-64.

²⁶⁹ BASSO, Maristela (orientadora). POLIDO, Fabrício B. P. Contribuições ao Estudo do Direito Internacional da Propriedade Intelectual na Era Pós-Organização Mundial do Comércio: Fronteiras de Proteção, Composição do Equilíbrio e Expansão do Domínio Público. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010, p. 384.

matéria de domínio por meio do uso de exceções e limitações ao uso de uma obra protegida pelo regime de propriedade intelectual.

Partindo de uma perspectiva econômica, Yochai BENKLER²⁷⁰ entende que o domínio público representa uma oposição ao sistema de propriedade intelectual, considerando que os bens de conhecimento e informação, de natureza essencialmente privatista, e neste caso não estariam sujeitos a rivalidade entre titulares, reduzindo o custo marginal a zero, uma vez que o acesso à informação seria amplamente disponibilizado. De acordo com esse raciocínio, o acesso amplo à informação e aos bens do conhecimento em domínio público seria causa direta para a redução dos custos de produção, confirmando a importância do uso do sistema de propriedade intelectual para o incentivo da produção da informação. Para Graeme DINWOODIE e Rochelle DREYFUSS²⁷¹ a disponibilização de materiais em domínio seria um sistema que se retroalimenta, com a constante atualização de conteúdo, o que resultaria no desenvolvimento de um robusto domínio público.

O conceito de domínio público pode representar, ainda, uma justificativa para a promoção do acesso. Assim, para Uma SUNTHERSANEN, o termo recepciona conceitos diversos relacionados à tecnologia e transmissão de informações de forma eletrônica, como as conhecidas expressões *open source*, *open access*, *information commons*²⁷².

Tais conceitos não estariam relacionados aos bens protegidos pelas vias tradicionais, pautadas na exclusividade e na prévia obtenção de autorização do titular para qualquer uso da obra que se faça necessário, mas que visam a diminuir as disparidades de cunho tecnológico entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, as quais o TRIPS ainda não foi capaz de sanar. Trata-se de ferramentas destinadas a ampliar o acesso às novas tecnologias, cada vez mais presentes em ambiente digital e frente às novas necessidades dos autores e usuários. Assim, destacam-se os projetos realizados pelas organizações não governamentais em prol do fortalecimento do domínio público e do equilíbrio do interesse público frente à necessária proteção dos direitos de autor, como a

²⁷⁰ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 22

²⁷¹ DINWOODIE, Graeme; DREYFUSS, Rochelle, "Patenting Science: Protecting the Domain of Access to Knowledge", in GUIBAULT, Lucie e HUGENHOLTZ, Paul B.B. (eds). *The Future of the Public Domain: Identifying the Commons in Information Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 193 e ss.

²⁷² SUNTHERSANEN, Uma, "The Future of Copyright Reform in Developing Countries: Teleological Interpretation, Localized Globalism and the "Public Interest" Rule", in Bellagio Dialogue on Intellectual Property and Sustainable Development: Revising the Agenda in a New Context, 2005; SUNTHERSANEN, Uma, "A2K and the WIPO Development Agenda: Time to List the "Public Domain", in UNCTAD - ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Policy brief No. 1., december 2008.

Open Source, IP Justice, Eletronic Frontier Foundation, Global Internet Liberation Campaign, Digital Divide Network, Digital Libraries Project (das empresas Google e Microsoft), *BBC Creative Archive* e das licenças *Creative Commons*.

Nesse contexto, a redefinição das normas de direito internacional com vistas a compelir os Estados a adotarem políticas públicas efetivas na área de acesso ao conhecimento e à informação adquire maior importância. O fortalecimento das exceções e limitações contribui para a construção de um domínio público mais forte e reconhecido, pautado também na disponibilização de materiais de educação, em formato físico ou digital, bens essenciais para o desenvolvimento econômico e social de um Estado-membro. A consecução dessa meta exige o desenvolvimento de uma ampla rede de estrutura, destinada a prover o amplo acesso à informação e ao conhecimento, razão pela qual a OMPI também tem tratado a essa questão como prioridade no cumprimento das Metas do Milênio.

2.4.3.2. Projetos envolvendo bens de tecnologia da informação e da comunicação

Atendendo aos objetivos do Grupo C da Agenda para o Desenvolvimento, a terceira principal meta da OMPI consiste em estudar o papel que os direitos de autor poderiam desempenhar para permitir o amplo acesso a bens de tecnologia da informação e da comunicação (os chamados “TICs”, em inglês, *Intellectual Property, Information and Communication Technologies, “ICTs”*), por meio da veiculação aos Estados-membros de novos modelos normativos e novas formas de fazer políticas públicas, relacionados ao sistema de direitos de autor. Como destacado pela OMPI, esse esforço teria por foco três áreas principais: educação e pesquisa, desenvolvimento de novas tecnologias para programas e computador e serviços de informação online. São elementos principais dessa iniciativa as propostas em direitos de autor para acesso ao conhecimento e a digitalização dos direitos de propriedade industrial.

Essa iniciativa é resultado da constatação da falta de infraestrutura básica (física e virtual) em tecnologia e em comunicação em países em desenvolvimento, do baixo poder aquisitivo da população desses países para a obtenção de equipamentos da inexistência de políticas de mercado que objetivem facilitar o acesso a tais equipamentos, da preponderância de material em formato físico e da falta de capacitação para uso. Por essa

razão, o foco do Projeto reside em ações voltadas a regular de forma mais equitativa os direitos de autor e o acervo relativo aos bens da propriedade industrial, atendendo à Recomendação nº 24 para a Agenda para o Desenvolvimento²⁷³.

Como parte da infraestrutura para se alcançar a inclusão digital, o sistema de direitos de autor, incluindo as suas flexibilidades representam um importante elemento em possibilitar o acesso aos TICs e também ao conhecimento e informação, ajudando a construir a ponte para a “Divisa Digital”. Para a Organização, os direitos de autor podem ser utilizados pelos Estados-membros como uma fonte para obter informações relevantes e balanceadas de novos modelos criativos, especialmente nas áreas de educação e pesquisa, desenvolvimento de programas de computador e serviços online de informações, como revistas eletrônicas e sítios de informação oficial em matéria de propriedade intelectual e industrial.

Em paralelo, o projeto de digitalização do material relativo ao registro dos bens industriais no território dos Estados-membros da OMPI envolve a criação de uma base de dados voltada para fortalecer o amplo acesso aos bens de propriedade industrial, estimulando a inovação por meio do conhecimento. Para a OMPI, caberia inicialmente aos Membros catalogar em ambiente digital todo o material armazenado em arquivos físicos a fim de permitir aos usuários fácil acesso aos bens de informação da propriedade intelectual.

O Projeto foi consubstanciado na Declaração de Princípios em matéria de Sociedade da Informação (em inglês, *Declaration WSIS*), proposta durante o Encontro Mundial da Sociedade da Informação (*World Summit Information Society - WSIS*), promovido pelo CDIP, realizado em novembro de 2009²⁷⁴. Referido documento busca destacar a importância e o potencial dos TICs, bem como promover as metas para o desenvolvimento da Declaração do Milênio, reconhecendo que “*educação, conhecimento, informação e comunicação são o cerne do progresso humano e bem-estar*”, enfatizando a importância na remoção das barreiras ao acesso à informação de forma igualitária por meio do enriquecimento do domínio público, pois não se pode desconsiderar a relevância do

²⁷³ 24. To request WIPO, within its mandate, to expand the scope of its activities aimed at bridging the digital divide, in accordance with the outcomes of the World Summit on the Information Society (WSIS) also taking into account the significance of the Digital Solidarity Fund (DSF).

²⁷⁴ ITU. World Summit on Information Society. Declaration of Principles Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium, 2006. WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E.

sistema de propriedade intelectual para a promoção da inovação e da criatividade na nova “Sociedade da Informação”²⁷⁵.

Aliada a um Plano de Ação, a chamada Declaração WSIS propõe a consecução de metas diretamente relacionadas com a legislação interna dos Estados-membros sobre propriedade intelectual, incluindo medidas a serem adotadas pelos governos, os quais, no curto prazo, devem adotar políticas internas transparentes e pró-competitivas, de âmbito normativo e regulatório, que concedam incentivos apropriados para o desenvolvimento da Sociedade da Informação²⁷⁶.

Em novembro de 2012, por meio do “Relatório de Avaliação do Projeto sobre Propriedade Intelectual e Tecnologia da Informação e da Comunicação, Divisa Digital e de Acesso ao Conhecimento”, OGADA e O’NEIL comprovaram o sucesso no desenvolvimento de um acervo digital de bens de propriedade industrial, com o crescente engajamento dos escritórios nacionais de registro²⁷⁷. Porém, quanto às ações voltadas para direitos de autor e acesso ao conhecimento, foi ressaltada a importância da vontade política dos Estados-Membros para a sua implementação²⁷⁸.

²⁷⁵ “Education, knowledge, information and communication are at the core of human progress, endeavor and well-being” (Article 8); it emphasizes the importance of removing barriers to equitable access to information; of ensuring a rich public domain; and of raising awareness of different software models to ensure affordable access to software (Articles 25 to 28). In addition, Article 42 widely recognizes that: “Intellectual Property protection is important to encourage innovation and creativity in the Information Society; similarly, the wide dissemination, diffusion, and sharing of knowledge is important to encourage innovation and creativity. Facilitating meaningful participation by all in intellectual property issues and knowledge sharing through full awareness and capacity building is a fundamental part of an inclusive Information Society.”

²⁷⁶ “Including that “Governments should foster a supportive, transparent, pro-competitive and predictable policy, legal and regulatory framework, which provides the appropriate incentives to investment and community development in the Information Society” (“Enabling Environment”, Action Line C.6)”.

²⁷⁷ OGADA, Tom P. M.; O’NEIL, Glenn. *Evaluation Report of the Project on Intellectual Property, Information and Communication Technologies (ICTs), the Digital Divide and Access to Knowledge*. Committee on Development and Intellectual Property (CDIP), Tenth Session. Geneva: November 12 to 16, 2012. CDIP/10/5.

Foram analisados pelo relatório dezessete países em desenvolvimento e em menor desenvolvimento relativo, em diferentes níveis de desenvolvimento, localizados na Ásia, América Latina e África: ARIPO (Organização Regional Africana para a Propriedade Intelectual), África do Sul, Argentina, Azerbaijão, Botsuana, Colômbia, El Salvador, Emirados Árabes, Gana, Kwait, Namíbia, Nicarágua, Panamá, Quênia, República Dominicana, Vietnã e Zâmbia. Desse grupo, todos dispõem de recursos para o início do processo de digitalização, sendo que somente três deles não finalizaram o processo de instalação, bem como apenas seis deles não completaram, ainda que parcialmente, a digitalização do acervo para que seja adotado o próximo passo, a pública disponibilização no sítio oficial do órgão registral e lhes seja concedida a este material certificação correspondente (PATENTSCOPE®).

²⁷⁸ Cf. Findings 10: “The sustainability of the copyright component is largely dependent of the interest and support of Member States in WIPO developing new activities in this area. Therefore, their input will be key for the future of the project. The long term success of this component will also depend upon the implementation of outreach and awareness raising activities to expand the audiences beyond the CDIP to copyright experts and other targeted professionals.”.

A adoção destas recomendações constitui primeiro passo para demonstrar que a OMPI está disposta a discutir com os países em desenvolvimento e com a comunidade internacional uma nova forma de construção da propriedade intelectual, haja vista a dinamicidade ser um dos fatores característicos destes direitos. Os fatos indicam que a OMPI está se movendo em direção à incorporação da Agenda para o Desenvolvimento no âmbito das suas políticas.

Isto também contribui significativamente para a capacidade da OMPI para reagir de forma flexível no futuro a pressões externas, especialmente dos países desenvolvidos, construindo uma estrutura de governança mais descentralizada e horizontal, baseada em redes transnacionais que teriam por objetivo garantir o fluxo constante de novas ideias, com envolvimento direto de atores pequenos e remotos, melhor difusão de práticas inovadoras e maior capacidade de adaptação às novas demandas. Avançar não somente a opção mais racional para o desenvolvimento, mas também para os interesses da própria OMPI, enquanto organização internacional especializada.

2.4.3.2.1. Bens de tecnologia da informação e da comunicação no Brasil

Paralelamente às ações desenvolvidas pela OMPI, destacamos também os projetos desenvolvidos pela UNESCO no Brasil envolvendo os bens de tecnologia da informação e da comunicação. O desafio está em se aproveitar efetivamente essas tecnologias de forma que possibilite o acesso dos estudantes e, em larga escala, de toda comunidade de ensino e aprendizagem.

Para a UNESCO, os TICs representam importante contribuição para o acesso universal à educação, por meio da promoção da igualdade no ensino, do oferecimento de educação de qualidade, de oportunidades para o desenvolvimento profissional de professores e melhoria da gestão e da governança da educação. Para tanto, é necessário que previamente sejam adotadas políticas públicas adequadas para o setor.

Nesse sentido, a UNESCO tem buscado desenvolver uma abordagem mais abrangente para o uso dos TICs na área de educação, por meio da Plataforma Intersectorial, baseada no trabalho conjunto entre as áreas de comunicação e informação, educação e ciência, setores onde questões de acesso, qualidade e equidade na educação podem ser tratadas diretamente.

Além da coleta periódica de dados estatísticos sobre o uso dos TICs no Brasil e da promoção da governança na internet²⁷⁹, as estratégias adotadas por essa agência especializada, em colaboração com escritórios parceiros, visando à redução dos índices de exclusão digital em países em desenvolvimento, se fundamentam nas seguintes ações:

- (i) Capacitação e assessoria política para o uso de tecnologias na educação, especialmente nos denominados “domínios emergentes”;
- (ii) Capacitação dos professores, para que desenvolvam as habilidades necessárias para o uso dos TICs no desempenho, por meio de ferramentas digitais, como o Quadro de Competências em TIC para Professores (ICT CFT);
- (iii) Estímulo ao uso e ao desenvolvimento de recursos educativos em vários idiomas e de programas de computador para uso e reuso, cuja permissão para tanto seja resultado das licenças abertas (os chamados recursos educacionais abertos - REA , *software* livre e *open source* - FOSS);
- (iv) Promoção dos TICs para a educação inclusiva, com medidas voltadas especialmente para o acesso por pessoas com deficiência e igualdade de gênero.

A UNESCO tem buscado cooperar com o governo brasileiro para difundir o uso dos TICs nas escolas públicas e melhorar o processo de aprendizagem, usando da alfabetização digital como instrumento para o uso frequente dessas tecnologias. Em parceria com o Ministério da Educação, se pretende universalizar os laboratórios de informática em todas as escolas, localizadas nas zonas urbana e rural. Para explorar o uso de mídias e ampliar a interatividade dos conteúdos televisivos, a Agência também coopera com o Programa TV Escola, especialmente em projetos voltados para a educação formal e à distância.

²⁷⁹ Para facilitar a implantação e a interface dos profissionais da educação, destacadamente os professores, para as novas tecnologias, a UNESCO diretrizes e modelos de currículo de ensino voltados para abordagens pedagógicas necessárias para permitir ao professor se utilizar dos denominados “MIL” (*Media and Information Literacy*) em suas salas de aula. Disponível em <<http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/media-development/media-literacy/mil-curriculum-for-teachers/>>. Acesso em 11 de outubro de 2013.

Os TICs representam apenas uma parte de um contínuo desenvolvimento tecnológico, para além do uso tradicional do giz e dos livros como instrumentos de educação. Tais tecnologias podem contribuir de modo significativo para apoiar e enriquecer o processo de aprendizagem. Em situações como essas, em que não se busca concorrer no mesmo nicho de mercado, mas tão somente ampliar a concretização dos direitos humanos, é preciso equilíbrio entre a proteção conferida ao autor e as medidas de acesso que podem ser aplicadas a estes usuários, papel a ser desempenhado por uma postura normativa menos combativa (seja a favor ou contra os direitos de autor da forma como hoje estabelecidos) e mais conciliadora.

2.5. A Proposta do Tratado sobre Acesso ao Conhecimento (A2K)

Proposta no âmbito da OMPI em 2008²⁸⁰, constituindo uma das recomendações trazidas pela Agenda para o Desenvolvimento²⁸¹, o Tratado sobre Acesso ao Conhecimento (em inglês, *Treaty on Access to Knowledge* ou *A2K Agreement*) é um projeto desenvolvido por acadêmicos, grupos da sociedade civil e organizações internacionais. Trata-se de uma iniciativa que visa a estabelecer um sistema de governança internacional para o conhecimento, por meio da utilização de instrumentos para assegurar o acesso e facilitar a transferência de tecnologia entre os países signatários.

De acordo com Dutfield GRAHAM & Uma SUNTHERSANEN, ainda que não esteja expresso na redação, é possível identificar no Acordo A2K a substituição do pensamento tradicional da propriedade enquanto exceção à regra geral de acesso ao conhecimento para todos em prol da governança internacional para o conhecimento. De fato, o Acordo A2K permite a maior participação dos povos nas áreas educacional, cívica e cultural, bem como permite o compartilhamento dos avanços científicos, apenas refletindo a linguagem já existente na Declaração Universal e no PIDESC²⁸².

Apesar de tratar de outros temas relacionados à propriedade intelectual, como o controle das práticas anticompetitivas ou transferência de tecnologia, o Acordo A2K tem como foco as exceções e limitações previstas pelos sistemas de patentes e direitos de autor.

²⁸⁰ Proposta WIPO WO/GA/31/11

²⁸¹ Acordo em fase de tratativas e discussão pelos membros da OMPI interessados. Até a data presente, foram realizadas três discussões:

²⁸² GRAHAM, Dutfield; SUNTHERSANEN, Uma. *Global Intellectual Property Law*, cit., p. 295.

Por exemplo, o artigo 3.1, alínea “a” trata os seguintes usos para fins educacionais como exceções e limitações aos direitos de autor:

- (i) Uso de trechos, seleções e citações consideradas relevantes para fins de explicação e ilustração relacionadas ao ensino sem fins lucrativos;
- (ii) Uso de trechos, seleções e citações consideradas relevantes para críticas e comentários, incluindo, mas não limitadas à paródia;
- (iii) Uso de obras por instituições educacionais para desenvolver a compreensão e leitura dos alunos do ensino fundamental;
- (iv) Uso de obras por instituições educacionais para o ensino básico caso o uso não tenha sido prontamente disponibilizados pelos titulares a um preço acessível, assegurada, em todo caso, remuneração adequada ao titular.

O Acordo A2K aborda questões polêmicas para os direitos de autor, especialmente quanto ao ambiente digital. Nesse sentido, o reconhecimento de forma expressa de que as exceções e limitações nele previstas constituem instrumentos para a adoção de novas políticas públicas pelos países signatários que tenha objetivo a criação de cópias de arquivos eletrônicos para fins educacionais, incluídos os programas de computador utilizados para a educação e o aperfeiçoamento da docência, a disponibilização gratuita de todo e qualquer material utilizado com fins educacionais, e a imposição de limites ao retorno econômico para os titulares quando do uso das obras para fins educacionais²⁸³. Tais

²⁸³ Assim, o artigo 3.2 deste Acordo, que trata da educação à distância: “(A) Os Membros concordam que a convergência de publicação, telecomunicações, radiodifusão e de computação é criar um ambiente de mídia com enormes implicações para a aprendizagem flexível e educação de massa superior e formação, inclusive, através de programas de educação à distância. A natureza transfronteiriça dos fluxos de informação fornece justificativa convincente para a harmonização de um mínimo de limitações e exceções para educação à distância. A fim de aproveitar ao máximo das novas tecnologias na oferta de educação e aprendizagem flexível, é necessário garantir que os educadores tenham direitos suficientes para usar obras.

(B) Os direitos econômicos exclusivos dos proprietários dos direitos autorais não devem estender-se aqueles que não usam a conexão para outros fins que projetos de educação à distância:

1. Performances não-dramáticas de obras literárias;
2. Performances de qualquer outro trabalho, incluindo obras dramáticas e obras audiovisuais, mas apenas em “porções razoáveis e limitadas”; e
3. Mostra de qualquer trabalho em uma quantidade comparável à que é tipicamente exibida no decurso de uma sessão de sala de aula vivo.

(C) Os trabalhos descritos em (B) não incluem obras que são comercializados principalmente para desempenho ou exposição como parte de atividades de ensino mediadas transmitidos através de redes digitais e performances ou exposições dadas por meio de cópias não legalmente produzidas e adquiridas se a instituição educacional sabia ou tinha motivos para acreditar que não foram legalmente produzidas e adquiridas.

metas sem dúvida alguma legitimam a digitalização dos livros e buscam liberalizar o Anexo da CUB, ainda pouco utilizado.

Por essa razão, talvez o ponto de maior atenção para autores e titulares de direitos de autor seria os itens “b”, “c” e “d”, do artigo 3.1, de acordo com os quais:

“(b) Presume-se que tais usos são casos especiais e que não conflitam com a exploração normal da obra e não prejudicam injustificavelmente os interesses legítimos dos titulares do direito;

(c) Para determinar se qualquer limitação ou exceção aos direitos exclusivos de determinado uso de uma obra conflita com a sua exploração normal ou prejudica injustificadamente os legítimos interesses do titular, o benefício auferido pelo interesse público deve ser considerado;

(d) Além de implementar exceções específicas para os casos previstos na alínea “a”, as partes também deverão implementar uma exceção geral em suas leis internas de direitos de autor, aplicável em casos especiais nos quais os benefícios relativos aos avanços sociais, educacionais, culturais e outros pelo uso compensem os custos impostos aos entes privados (com a previsão de uma remuneração adequada para o titular de direitos de autor em certas circunstâncias).”²⁸⁴.

O Acordo A2K não reconhece como legítimos a violação aos direitos de propriedade intelectual ou o uso inadequado destes direitos. Ao contrário, busca utilizar das ferramentas existentes no sistema internacional, entrelaçando as vertentes multilateral de comércio e de direitos humanos²⁸⁵, uma vez que menciona expressamente a aplicabilidade das regras do Acordo TRIPS, da CUB e da Declaração de Doha. Representa,

²⁸⁴ Tradução livre das alíneas “b”, “c” e “d” do artigo 3.1, a seguir transcritas em sua redação original:

(b) It shall be presumed that these uses constitute special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right-holder.

(c) In determining whether applying any limitation or exception to exclusive rights to a particular use of a work would conflict with its normal exploitation or unreasonably prejudices the legitimate interests of the right holder, the extent to which the use benefits the larger public interest shall be taken into account.

(d) In addition to implementing specific exceptions for the cases listed in subparagraph (a), parties to this treaty also shall implement a general exception to copyright law, applicable in special cases where the social, cultural, educational or other developmental benefit of a use outweigh the costs imposed by it on private parties (and providing for equitable remuneration to the copyright owner in appropriate circumstances.)

²⁸⁵ CHEN, Ge. *Fragmentation of International Law: the Impact on Access to Knowledge in International Copyright Law*. Estudo preparado para a OMPI, Genebra, 2010. Disponível em < http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_topic10_1.pdf>. Acesso em 31 de outubro de 2012.

portanto, uma nova e possível ferramenta normativa para a adoção de uma atual perspectiva para os direitos de autor, pautada no balanceamento entre os interesses em detrimento do sistema tradicional, em que prevaleciam somente os direitos dos titulares.

CAPÍTULO 3: DIREITOS DE AUTOR SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Para uma visão tradicional, a exclusividade na exploração dos direitos de autor (e demais bens de propriedade intelectual) por seu titular constitui recompensa pelos esforços empreendidos para o desenvolvimento da obra artística e literária, mediante a concessão de monopólio temporário sobre o uso. Em tese, a exclusividade na fruição desses direitos por seu titular apresenta duas principais funções, quais sejam, remunerar o titular e atribuir à obra relevância social, bem como estimular o desenvolvimento de novas obras de superior ou idêntica qualidade²⁸⁶.

Contudo, a concepção clássica de direitos de autor não mais se aplica na sociedade atual, tendo em vista que as relações envolvendo a distribuição das obras adquiriram maior complexidade. Como já mencionado nos capítulos anteriores, exigiu-se o alargamento do conceito de “obras artísticas e literárias” a fim de incluir e melhor regular as relações no ambiente digital. Porém, o conceito normativo atualmente vigente ainda não foi capaz de atender adequadamente às demandas de proteção e de acesso.

Se de um lado é preciso desenvolver mecanismos mais eficazes de proteção aos autores e titulares, especialmente quanto ao reconhecimento da autoria e da adequada remuneração por seu trabalho, de outro se exige uma nova interpretação ou a promulgação de novas normas com capacidade de relativizar o modo de fruição da obra, com vistas a torna-la acessível para toda a comunidade, possibilitando que os direitos universais e fundamentais de acesso ao conhecimento, à cultura, à educação e à informação deixem de ser mera previsão constitucional e se tornem realidade social.

Em vista desse contexto, devem ser discutidos os limites a que se sujeita a proteção dos direitos de propriedade intelectual, em especial os direitos de autor. Na sociedade atual, a troca de dados e informações ocorre de forma quase imediata e, dificilmente, a obra ou invenção será apenas pautada na criatividade daquele que a desenvolve. Ao contrário, é bastante provável que a inovação ou originalidade de uma obra considerada vanguardista apresente em seu cerne conhecimento adquirido previamente por seu autor.

²⁸⁶ De acordo com Maristela Basso, a teoria do monopólio, um dos mais clássicos pensamentos sobre os direitos de propriedade intelectual, pauta-se no reconhecimento do monopólio concedido ao autor ou inventor como direito absoluto e geral, que teria por objeto não uma coisa determinada em espécie, mas em gênero. In BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, cit., p. 30 e ss.

Os direitos de autor, até então vislumbrados como mero mecanismo de estímulo à produção intelectual, se tornaram uma importante ferramenta da indústria dos bens intelectuais para a apropriação da informação enquanto mercadoria, o que resultou na significativa redução da esfera da liberdade de expressão do indivíduo, e em um obstáculo às formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais. Nesse sentido, o grande número de casos judiciais envolvendo a suposta indevida apropriação de direitos de propriedade intelectual com fins diversos daqueles a que o respectivo sistema de proteção se propõe, o que obstaculiza o acesso à informação, diminui o alcance dos mercados, e impede a expansão do potencial desenvolvimento social e econômico que dado espaço territorial apresenta²⁸⁷.

Em vista desse panorama, o presente Capítulo buscará discorrer sobre a dinâmica do sistema nacional de proteção dos direitos de autor, analisando, para tanto, os interesses pleiteados suas implicações para o sistema educacional nacional, tendo em consideração os direitos e garantias fundamentais envolvidos.

3.1. O sistema constitucional de direito de autor

No Brasil, tal como no direito internacional, os direitos de autor foram alçados ao status de direitos e garantias fundamentais, previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Conforme os incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º da Carta Magna, é assegurado aos titulares (direitos extensíveis aos seus sucessores) o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, bem como o direito de fiscalização de seu aproveitamento econômico²⁸⁸.

De acordo com Denis BARBOSA, a Carta de 1988 concedeu um privilégio incomum para os direitos de autor ao prevê-los expressamente no rol de direitos e garantias fundamentais. Igual condição se verifica na Constituição dos Estados Unidos da América, na qual os direitos de propriedade intelectual precedem, em tempo e dignidade, os

²⁸⁷ CARBONI, Guilherme. *Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor*. Anais do II Congresso de Direito de autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 88 – 107.

²⁸⁸ XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

princípios que regem os direitos fundamentais. Regra de supremacia federal, os direitos dos autores e titulares sobre suas obras artísticas e literárias são objeto frequente de discussões jurídicas profundas, razão pela qual os constitucionalistas têm dedicado atenção e cuidado na elaboração do equilíbrio das normas e à justeza de sua aplicação²⁸⁹.

Todavia, o autor parece não concordar com esta decisão tomada pelo constituinte brasileiro de adotar a posição estadunidense. Com base na teoria econômica da falha de mercado (“*market failure*”)²⁹⁰, ele explica que a intervenção estatal na propriedade intelectual objetiva coibir forças que surgem no mercado visando à proliferação de cópias, uma vez que a dispersão dos bens imateriais ocasionaria a perda de seu valor, razão pela qual é criada em reação uma nova falha de mercado, baseada na restrição do acesso ao conteúdo mediante as normas de direitos de autor. Assim, por preponderar o caráter econômico dos direitos de autor, na visão deste autor, tais direitos não constituiriam direitos fundamentais em sentido estrito e sim direitos privatistas, razão pela qual não caberia a sua previsão no texto constitucional. Desse entendimento também compartilham José Afonso DA SILVA²⁹¹ e Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO²⁹².

Para Guilherme CARBONI²⁹³, uma vez que os direitos de autor já se encontram reconhecidos pela Constituição Federal, cabe aplica-los de forma mais efetiva aos direitos dos titulares e dos usuários, atendendo ao mandado de cumprimento de sua função social, pertinente a todo e qualquer direito de propriedade. Dessa forma, a proteção aos direitos de autor pela via das garantias constitucionais fundamentais caberia somente quanto ao direito de reivindicar a qualquer tempo a autoria da obra, excluídos os demais direitos morais previstos no artigo 24 da LDA²⁹⁴, como direito à integridade e à não modificação da obra,

²⁸⁹ BARBOSA, Denis B. *Bases constitucionais da propriedade intelectual*. Disponível em <<http://www.nbb.com.br/pub/propriedade13.pdf>>. Acesso em 18 de novembro de 2013.

²⁹⁰ No entendimento de Lidya Loren, o ponto de tensão em se assegurar aos direitos de autor o status de garantia fundamental reside no prejuízo à elaboração de novas obras artísticas e literárias baseadas em obras anteriores, o que limita o campo de criação dos novos autores. LOREN, Lidya, “Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems”, in *Journal of Intellectual Property Law*, volume 5, fall 1997, No.1.

²⁹¹ SILVA, José A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 36ª. ed., 2013, p. 245-246.

²⁹² FERREIRA FILHO, Manuel G. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. I*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2000, p. 51.

²⁹³ CARBONI, Guilherme. *Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor*, cit.

²⁹⁴ Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

os quais são reconhecidos por decisão política do legislador, em contraposição ao direito de paternidade, que constitui direito moral por excelência.

Na visão de Denis Borges BARBOSA, haveria, portanto, duas posições constitucionais possíveis quanto aos aspectos patrimoniais dos direitos de autor: a primeira delas, consubstanciada na crítica à escolha do legislador em proteger os autores e titulares via garantias fundamentais, defendidas por ele, José AFONSO DA SILVA e Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO; na segunda, exemplificada no pensamento de CARBONI, é reconhecida a vinculação dos direitos de autor às garantias do artigo 5º, porém esta é submetida às limitações destinadas aos direitos de propriedade, particularmente, ao atendimento de sua função social²⁹⁵.

No Brasil, conforme esclarecido pela doutrina, o uso do termo “exclusivo” no inciso XXVII do artigo 5º da Constituição não significa a vinculação do legislador a nenhuma das teorias relativas à natureza dos direitos de autor²⁹⁶, apresentando pouca precisão técnica²⁹⁷. Quanto ao inciso XXVIII, nota-se que prevalece a preocupação com o aspecto patrimonial dos direitos de autor, uma vez que é mencionado o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução, bem como é garantida a transmissibilidade destes direitos aos herdeiros pelo tempo a ser fixado em lei. Para ASCENSÃO²⁹⁸, este argumento é reforçado em vista pelo fato destes incisos estarem inseridos no bloco de garantias fundamentais relativas aos direitos de propriedade.

Quanto aos direitos morais, Guilherme CARBONI e Denis BARBOSA divergem ao tratar de sua classificação constitucional. Para BARBOSA, a essência do direito patrimonial de autor residiria nos dispositivos gerais da tutela de expressão e da proteção moral da vida humana, previstas pelos incisos IX e X, do artigo 5º. Para o referido autor, “a

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

²⁹⁵ BARBOSA, Denis B. *Bases constitucionais da propriedade intelectual*, cit., p.18; CARBONI, Guilherme, “Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico”, in CARVALHO, Patricia L. (org.). *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 421-449.

²⁹⁶ CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988, vol. I, arts. 1º a 5º*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 3ª ed., 1988, p. 394

²⁹⁷ ASCENSÃO, José O, “Direito Intelectual Exclusivo e Liberdade”, in Revista da ABPI nº 59, jul/ago de 2002, p. 40-49

²⁹⁸ ASCENSÃO, José O, “Direito Intelectual Exclusivo e Liberdade”, cit.

tutela dos direitos morais seria tematicamente afim, mas ontologicamente distinta da propriedade intelectual”.

De outro lado, Guilherme CARBONI não acredita que seja possível afirmar que o direito moral de autor esteja amparado pelos referidos incisos IX e X. Com efeito, o inciso IX regula a liberdade de expressão, seja ela intelectual, artística, científica ou de comunicação, não havendo qualquer referência ao fato de que o objeto da liberdade de expressão envolveria o direito moral de autor. De igual forma, o inciso X trata somente da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, direitos da personalidade que não se confundem com o direito moral de autor. Em sua opinião, a associação dos direitos morais a tais direitos exigiria menção expressa por parte do legislador²⁹⁹.

Os mencionados incisos XXVII e XXVIII são classificados como normas constitucionais de eficácia direta (ou imediatamente preceptivas), por meio das quais se regulam diretamente as relações entre Estados e cidadãos, sem que seja necessária a promulgação de lei regulamentadora. Ainda, referidos incisos espelham a primeira dimensão de direitos fundamentais, relativa aos direitos civis e políticos, baseados no princípio da liberdade³⁰⁰. A despeito dos direitos de segunda dimensão de direitos humanos terem sido positivados pela Constituição Federal e pelo Código Civil³⁰¹ ao se tratar dos direitos de propriedade, não se pode afirmar que idêntico fenômeno ocorreu com os direitos de autor, seja em razão de sua própria natureza jurídica ou de sua evolução histórica como direito predominantemente individual, o que representa um retrocesso em comparação aos demais direitos fundamentais.

Outrossim, a Constituição Federal não previu expressamente a função a que os direitos de autor se sujeitarão na sociedade, em oposição à Constituição dos Estados Unidos que, em seu artigo 1º, seção 8, previu como competência do Congresso “promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas”³⁰². Neste caso, os direitos

²⁹⁹CARBONI, Guilherme, “Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico”, cit.

³⁰⁰ De forma breve, tradicionalmente, são conhecidas três gerações de direitos humanos fundamentais: a primeira tem como expoentes os direitos civis e políticos, com fundamento no princípio da liberdade; a segunda, refere-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, com base no princípio da igualdade, e a terceira, relativa aos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, em consonância com o princípio da fraternidade. Há quem defenda a existência de direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo, 7ª. ed., 2004, p. 68-71.

³⁰¹ Respectivamente, artigo 5º, XXIII e artigo 1218, § 1º.

³⁰² To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;

de autor se destinariam a um fim definido pela lei maior, não sendo possível fugir à sua consecução sem que seja apresentada justificativa legítima para tanto.

Porém, tal como o direito de propriedade, os direitos de autor devem se sujeitar igualmente a limitações de ordem constitucional, especialmente em razão do atendimento à função social da propriedade, prevista dentre os princípios da ordem econômica³⁰³. Tratando sobre essa questão, em ressalvas aos dispositivos da Constituição dos Estados Unidos³⁰⁴ é destacada a importância do equilíbrio entre o interesse público e os monopólios concedidos regularmente pelo Estado, a fim de que estes não representem obstáculos para o avanço criativo. Neste sentido, a legislação infraconstitucional possui competência para regular as matérias previstas constitucionalmente desde que condizentes com o texto

³⁰³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

³⁰⁴ “O conceito de originalidade é fundamental para os direitos de autor, e é uma exigência constitucional que o Congresso não pode desrespeitar. Enquanto o Congresso pode conceder direitos exclusivos por um período limitado, poderá prorrogar o prazo após o término do período originariamente especificado, e assim pode proteger os direitos dos compradores e cessionários. Os direitos de autor e as patentes não têm, por sua própria força, operação extraterritorial. (...) O poder estatal para proteger bens não patenteados ou protegidos por direitos de autor as coisas não patenteadas ou com direitos autorais sob a lei federal tem sido restringido pela jurisprudência. Em dois principais casos, o Tribunal considerou que o Estado não poderia utilizar as leis de concorrência desleal para impedir ou punir a cópia de produtos não protegidos por patentes. Enfatizando a necessidade de uma política nacional de uniforme e chamando a atenção para os efeitos monopolistas da proteção do Estado, o Tribunal concluiu que como o Congresso não havia estendido a proteção patentária para o material em questão e a política federal era a de promoção do livre acesso quando os bens já se encontram em domínio público. Mas, no caso *Goldstein v. Califórnia*, o Tribunal distinguiu os dois casos anteriores e considerou que a caracterização de conflito entre uma lei estadual antipirataria com a legislação federal de direitos de autor dependerá da existência de expresse intento do Congresso em proibir que os estados legislem sobre o “assunto” específico. Tal consideração, fundamentada no histórico legislativo do Congresso, convenceu o Tribunal de que certos “assuntos” são de interesse direto do Congresso”, ao contrário de outros, o que não significa que estejam fora do campo legislativo, mas que os estados podem deles tratar em caráter residual. Tradução livre do texto: “The concept of originality is central to copyright, and it is a constitutional requirement Congress may not exceed. While Congress may grant exclusive rights only for a limited period, it may extend the term upon the expiration of the period originally specified, and in so doing may protect the rights of purchasers and assignees. The copyright and patent laws do not have, of their own force, any extraterritorial operation (...) State power to protect things not patented or copyrighted under federal law has been buffeted under changing Court doctrinal views. In two major cases, the Court held that a State could not utilize unfair competition laws to prevent or punish the copying of products not entitled to a patent. Emphasizing the necessity for a uniform national policy and adverting to the monopolistic effects of the state protection, the Court inferred that because Congress had not extended the patent laws to the material at issue, federal policy was to promote free access when the materials were thus in the public domain. But, in *Goldstein v. California*, the Court distinguished the two prior cases and held that the determination whether a state “tape piracy” statute conflicted with the federal copyright statute depended upon the existence of a specific congressional intent to forbid state protection of the “writing” there involved. Its consideration of the statute and of its legislative history convinced the Court that Congress in protecting certain “writings” and in not protecting others bespoke no intention that federally unprotected materials should enjoy no state protection, only that Congress has left the area unattended.” U.S. Constitution Annotations. Article 1, section 8: Patents and Copyrights. Disponível em <<http://constitution.findlaw.com/article1/annotation39.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2013..

normativo do qual a norma se origina, a fim de garantir a harmonia do sistema. Por tais razões, referidos autores questionam se o reconhecimento dos direitos de autor deveria ter sido previsto no artigo dedicado à proteção dos direitos e garantias individuais do homem³⁰⁵.

Dessa forma, é oportuno analisar os critérios para a solução de conflitos antes de adentrarmos os direitos e garantias envolvidos na ponderação de interesses entre autores e titulares, de um lado, e usuários, de outro (por exemplo, na efetivação do direito de acesso à informação e à cultura e do direito ao desenvolvimento tecnológico).

De acordo com o método de sopesamento dos direitos fundamentais elaborado por ALEXY³⁰⁶, quando dois princípios entram em colisão não se deve desprezar ou invalidar um deles em prol da prevalência do outro, e sim buscar a realização de ambos os princípios, buscando a “relação harmônica entre duas grandezas”³⁰⁷. Assim, partindo do pressuposto que a Constituição, enquanto norma fundamental que valida o sistema nacional, é um sistema harmônico e não um amontoado de regras sem relação entre si, a solução dos conflitos passa necessariamente pela utilização da regra da proporcionalidade e razoabilidade.

Para CANOTILHO³⁰⁸, a concepção de conflitos entre garantias fundamentais é de três ordens: (i) entre diversos titulares de direitos fundamentais, cuja solução se dá pelo uso da regra da proporcionalidade e pela aplicação da teoria do abuso de direito fundamental³⁰⁹; (ii) entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade, cuja solução se encontra via restrição do conceito de “bens da comunidade” aos bens assim classificados pela Constituição; e (iii) entre direitos fundamentais e bens jurídicos estatais, com a adoção da

³⁰⁵ COMPARATO, ao analisar os direitos de propriedade enquanto garantia ainda destaca: “quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição”. COMPARATO, Fabio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos* cit., p. 75 e ss.

³⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89

³⁰⁷ BARROS, Suzana T. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 68-71.

³⁰⁸ CANOTILHO, José J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 495.

³⁰⁹ Para a teoria dos direitos fundamentais, é admitida a restrição a tais direitos em casos específicos, quando o uso de permissões legais pelo titular do direito pode, em certas situações, estar fora dos limites dos princípios que justificam essas mesmas permissões. Portanto, um direito fundamental somente será considerado legítimo em face de outro direito fundamental quando aplicado dentro dos limites a que se destina. HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 12.

regra da razoabilidade³¹⁰ para a solução da maioria dos conflitos, prevalecendo, na maioria das vezes, os bens jurídicos estatais em detrimento dos bens individuais.

Na resolução de conflitos entre os interesses públicos e privados, há que se considerar a função preponderante da Constituição Federal de formar um conjunto harmônico de normas e princípios, com a valorização de sua unidade política. Para Hans Peter SCHNEIDER³¹¹, por unidade da Constituição devemos compreender a coexistência de interesses diversos em seu texto, da pluralidade de regras e princípios, de maneira que para a sua resolução não se deve optar previamente pela prevalência do interesse público ou do privado, impondo uma resposta pronta, ao contrário, sugere a análise casuística, com a atuação dos tribunais constitucionais.

Assim, como bem destacado por Gilberto BERCOVICI³¹², a valorização da hermenêutica no campo constitucional fortaleceu o papel dos princípios constitucionais, de modo que toda a discussão sobre interpretação e concretização da Constituição passa necessariamente pela discussão sobre o conceito e a teoria da constituição, cabendo aos tribunais a definição de seu caráter normativo, a escolha do direito prevalecente na análise do caso concreto. Tendo por base estas considerações, cabe analisar os possíveis conflitos na interpretação de direitos de autor, na divisão entre autores e usuários.

³¹⁰ Como analisado por Denis Barbosa (cf. BARBOSA, Denis B. *Bases constitucionais da propriedade intelectual*, cit., p. 12), o Supremo Tribunal Federal, como doutrina, aplica a teoria da razoabilidade em quatro sentidos: (i) acepção conservadora, implicando na segurança jurídica expressa na parêmia *quieta non movere* (JSTF - Volume 186 - Página 206 - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 151.351-0 – RS, Segunda Turma, DJ, 18.03.1994, Relator Ministro Marco Aurélio); (ii) adequação de meios a fins, em sua virtude lógica e funcional (ADIN 1.040-9/600 – DF, Tribunal Pleno (DJ, 17.03.1995), Relator Ministro Néri da Silveira); (iii) como princípio de moderação que deve restringir ao mínimo possível as agressões fundadas em direito, ainda que necessárias aos direitos pessoais (JSTF - Volume 170 - Página 54, Ação Rescisória Nº 1.204-6 – DF, Tribunal Pleno (DJ, 11.09.1992), Relator Ministro Célio Borja); e (iv) balanceamento de direitos básicos de acordo com o caso concreto (JSTF - Volume 237 - Página 304, Habeas Corpus 76.060-4 – SC, Primeira Turma (DJ, 15.05.1998), Relator Ministro Sepúlveda Pertence).

³¹¹ SCHNEIDER, Hans P., “La Constitución – Función y Estructura”, in SCHNEIDER, Hans P. *Democracia y Constitución*, traduzido por K.J. Albiez e M. Saavedra. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 39-47.

³¹² BERCOVICI, Gilberto, “Constituição e Política: uma relação difícil. Lua Nova”, 2004, p. 5-24. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>>. Acesso em 18 de novembro de 2013.

3.2. Liberdades fundamentais suscetíveis de proteção dos autores

3.2.1. Direito de Propriedade

3.2.1.1. Fundamentos do direito de propriedade

Previsto no artigo XVII da Declaração Universal³¹³, o direito de propriedade visa a impedir a privação arbitrária dos bens particulares por terceiros ou pelo Estado. Na Constituição Federal se encontra inserido no rol de garantias e direitos fundamentais do artigo 5º, assegurando igualmente o gozo pleno da propriedade, sofrendo limitação somente quanto ao cumprimento de sua função social, conforme estabelecido pelo já mencionado artigo 170 da Carta Magna.

3.2.1.2. Proteção dos interesses dos autores pelo direito de propriedade

A questão acerca da definição se os direitos de autor constituiriam ou não direito de propriedade remonta ao século XIX, quando das discussões durante a redação da CUB. Para a maioria da doutrina francesa no assunto, atualmente se entende que os direitos de autor, ao menos quanto ao seu caráter patrimonial, estariam relacionados com o direito de propriedade³¹⁴.

Para a doutrina nacional, os direitos de autor foram considerados inicialmente atrelados ao direito de propriedade. Como se trata de coisa incorpórea, sua introdução no

³¹³ 1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

³¹⁴ De acordo com o artigo L.111-1 do Código de Propriedade Intelectual francês, “O autor de uma obra da mente gozam neste trabalho, o simples fato de sua criação, uma propriedade incorpórea exclusivo direito oponível a todos.”. Tradução livre do texto “*L’auteur d’une oeuvre de l’esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d’un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.*”. Neste sentido, cf. LUCAS, Andre; LUCAS, Henri-Jacques; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*.cit.,p. 27, em que destaca inúmeros autores clássicos e mais recentes que assim defendem franceses, como: CALMELS. *De la Propriété et de la Contrefaçon des Oeuvres de l’Intelligence*. Paris : Cosse, 1856, p. 616-17 ; GASTAMBIDE, M. *Historique et Théorie de la Propriété des Auteurs*. Paris: Cosse et Marchal, 1862, p. 78 ; AZEMA, Jean ; GALLOUX, Jean-Christophe. *Droit de la Propriété Industrielle*. Paris: Dalloz, 7ª ed., 2012, p. 134.

sistema codificado se deu pela via dos direitos reais, como direito de propriedade imaterial. Mais tarde, com o avanço da jurisprudência e a elaboração da teoria da personalidade, foi defendida a concepção de que os direitos de autor consubstanciavam direitos sobre a própria pessoa, apresentando aspectos personalíssimos, como os direitos morais³¹⁵.

Ao final, chegou-se à conclusão de que os direitos de autor não se cingem nem à categoria dos direitos reais, em razão de seus aspectos patrimoniais, e tampouco à categoria dos direitos pessoais, considerando os direitos morais do autor. É uma categoria de direitos *sui generis*, bipartite, de defesa tanto dos interesses morais quanto patrimoniais³¹⁶.

3.2.2. Direito de Liberdade de Expressão

3.2.2.1. Fundamentos do direito de liberdade de expressão

Previsto no artigo XIX da Declaração Universal³¹⁷, o direito de liberdade de expressão visa a assegurar o direito de buscar, receber e divulgar livremente informações e opiniões, evitando interferências arbitrárias por parte do Estado ou de seus indivíduos na propagação das ideias, por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. Trata-se de direito absoluto, previsto pela Constituição Federal no rol de garantias e direitos fundamentais do artigo 5º, inciso IX, estando sujeito a limitações em caso de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas³¹⁸.

³¹⁵ BITTAR, Carlos A. *Direito de Autor*, cit., p. 10-11; CHAVES, Antonio. *Direito do Autor*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 146.

³¹⁶ Todavia, reconhecendo a dicotomia entre direitos reais e direitos da personalidade aplicada ao direito brasileiro, Silvio VENOSA se perfila a entendimento semelhante ao consubstanciado na doutrina francesa, defendendo que os direitos de autor constituiriam espécie de propriedade ao menos quanto aos seus aspectos patrimoniais: “Essa relação entre o autor e o objeto de sua criação, o *corpus mechanicum*, mantém-se exclusivamente na esfera patrimonial, enquanto não divulgada a obra pela publicação do livro, a divulgação da escultura, da película cinematográfica, da peça teatral, do programa de informática, etc. Divulgado o produto da criação intelectual, podemos afirmar que passa a integrar o patrimônio da coletividade, como bem cultural. A partir de então, surge a dicotomia de direitos morais e patrimoniais a serem examinados no campo legislativo e doutrinário. Por essa razão, não se podem resumir de forma singela os direitos de autor à modalidade de propriedade. É, sem dúvida, espécie de propriedade e muito mais.” VENOSA, Silvio S. *Direito Civil: Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 7ª ed., 2007, p. 572.

³¹⁷ Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

³¹⁸ Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão. Aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Liberdade.de.Expressao.htm>>. Acesso em 18 de novembro de 2013.

Ainda, o exercício do direito de liberdade de expressão pode ser restringido mediante regulamentação em lei federal, especialmente quanto à previsão de censura etária para certos programas de diversão e espetáculo e de propagandas e programas que se mostrem nocivos à saúde ou ao meio ambiente³¹⁹.

3.2.2.2. Proteção dos interesses dos autores e usuários da liberdade de expressão

Para José AFONSO DA SILVA, a liberdade de expressão abrange os sentimentos e os conhecimentos intelectuais, conceituais e intuitivos, sendo dividida em dois grupos, aquelas que gozam de plena liberdade e outras que demandam regulamentação específica por meio de lei federal, conforme previsão do Título VIII, Capítulo V, da Carta Magna³²⁰.

Para Christophe GEIGER, a liberdade de expressão, quanto aos interesses dos autores e titulares, apresenta duas facetas: a primeira delas, positiva, reconhece como absoluto o direito do autor de expressar seu pensamento, considerando que os direitos morais e de integridade da obra o protegem contra eventuais violações à sua obra; a segunda, negativa, impossibilita que terceiros, com fundamento na obra protegida, expressem uma opinião ou pensamento contra a vontade do autor ou titular³²¹.

Na visão de Guilherme CARBONI³²², os direitos de autor também constituiriam restrição ao pleno exercício da liberdade de expressão, haja vista que a elevação do grau de proteção do direito de autor (tanto com relação ao seu escopo, quanto ao prazo de proteção), resultaria no aumento do nível de interferência e de restrição à liberdade de expressão, considerando a impossibilidade de uma nova manifestação artística ou literária sobre uma obra anteriormente criada, a não ser que seja concedida expressa anuência do seu criador, ou em circunstâncias expressamente admitidas por lei, em caráter de exceção.

³¹⁹ Art. 220. § 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

³²⁰ SILVA, José A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 252. Cf. também CARBONI, Guilherme, “Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico”, cit.

³²¹ GEIGER, Christophe. *Droit d’auteur et droit du public à l’information. Approche de droit compare*, cit., p. 133.

³²² CARBONI, Guilherme, “Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico”, cit.,

A despeito da clara relação da garantia da liberdade de expressão com os aspectos morais dos direitos de autor, não se pode desconsiderar a sua influência nos direitos patrimoniais. Como analisado por Gilian DAVIES, em uma sociedade em que a cultura repousa sobre a liberdade de expressão dos indivíduos, há que se estabelecer um fórum para o exercício de tal liberdade³²³.

Dessa forma, pressupondo que no conceito de fórum está incluso o mercado de direitos autorais, e que uma das funções destes direitos é permitir ao autor ou titular a exploração econômica de sua obra, é possível afirmar que os direitos patrimoniais estão igualmente assegurados pelo exercício da garantia de liberdade de expressão, atraindo tanto a atenção da iniciativa privada quanto do Estado enquanto agente econômico e político, podendo gerar como efeito colateral a redução do espírito criativo do autor³²⁴. Neste sentido, a prática indiscriminada do “mecenas”, em que o autor passa a criar obras que sejam apenas do interesse de seu patrocinador ou do público alvo, ou o excessivo controle da criação artística pelo Estado mediante mecanismos de censura do conteúdo das obras³²⁵.

A situação não é diferente no ambiente digital. Eventuais restrições com base em normas de direitos de autor aos conteúdos disponibilizados em *websites* representam restrições ao direito de liberdade de expressão, e apenas se justificam se atendidos os pressupostos estabelecidos pela Regra dos Três Passos³²⁶. Cabe lembrar que o direito internacional distingue as “ideias” das “expressões”, estas últimas passíveis de proteção, de maneira que o direito de autor não limitaria as ideias que circulam na sociedade, mas apenas a forma de sua expressão.

Em regra, o bloqueio de conteúdos de *websites* de forma indiscriminada deve ser considerado abusivo e, portanto, uma violação ao direito de liberdade de expressão, razão pela qual caberá aos tribunais analisar se esta garantia é efetiva e oportuna no caso concreto, tendo sido sugeridos como critérios: (i) adotar a medida menos gravosa possível; (ii) que a restrição não implique na impossibilidade de acesso a materiais correlatos com a obra supostamente violada; e (iii) limitar a proteção da obra temporariamente.

³²³ DAVIES, Gilian. *Copyright and the Public*. Tese de doutorado defendida na Universidade de Aberystwyth [197], 1997, p. 190-191.

³²⁴ GOLDSTEIN, Paul, “Copyright: The Donald C. Brace Memorial Lecture”, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 38, No. 3, 1991, p. 109 e ss.

³²⁵ RICKETSON, Sam. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*. London: Kluwer/Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1987, p. 760.

³²⁶ ARTICLE 19. *The Right to Share: Principles on Freedom of Expression and Copyright in the Digital Age*. London: Free Word Centre, 2013. Disponível em <<http://www.article19.org/data/files/medialibrary/3716/13-04-23-right-to-share-EN.pdf>>. Acesso em 18 de novembro de 2013.

3.2.3. Direito de livre acesso à informação, educação e cultura

3.2.3.1. Fundamentos dos direitos de livre acesso à informação, educação e cultura

Por apresentarem elementos indissociáveis, serão tratados conjuntamente neste tópico os direitos fundamentais de acesso à informação, à educação e a cultura.

Além da previsão na Declaração Universal³²⁷ e em outros tratados internacionais, já mencionados anteriormente, o direito de livre acesso à informação, à educação e à cultura está previsto nos artigos 5º, XIV, e 215, da Constituição Federal. Os dispositivos constitucionais que especificamente do direito à cultura, além daqueles já mencionados neste Capítulo, estão previstos nos artigos 5º, LXXIII³²⁸, que assegura a legitimidade para a propositura de ação popular para anulação de ato lesivo ao patrimônio histórico, 215 e 216³²⁹, por meio do qual é delimitado o objeto dos direitos culturais, 221 e 222³³⁰, quando

³²⁷ O direito ao ensino e à educação foi previsto no Preâmbulo da Declaração Universal, e constitui instrumento de promoção do respeito aos direitos e liberdades fundamentais. O direito à cultura e à informação estão previstos nos artigos XIX (já destacado), XXVII (já destacado) e XXII:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

³²⁸ Art. 5º, LXXIII: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

³²⁹ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

de sua relação com a garantia de liberdade de expressão e comunicação em massa. O direito à educação está diretamente com os direitos à informação e à cultura, e tem previsão no artigo 206³³¹ da Carta Magna, tendo sido seus princípios regulados pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional³³².

As garantias asseguradas pelos dispositivos normativos mencionados aludem à segunda dimensão de direitos humanos, os denominados direitos sociais. São, dessa forma, direitos universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, sendo dever da comunidade internacional tratá-los de forma global, justa e equitativa.

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida; III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

³³⁰ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§ 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º.

§ 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.

³³¹ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

³³² Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

3.2.3.2. Direitos culturais

Os direitos culturais têm fundamento no conceito de diversidade cultural desenvolvido no âmbito da UNESCO, o qual abrange a multiplicidade de formas em que se expressam as culturas dos grupos e sociedades, transmitidas internamente ou entre os grupos. A diversidade cultural, nas palavras da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, “é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para os organismos vivos e constitui o patrimônio comum da humanidade, que deve ser reconhecido e consolidado em benefício das gerações presentes e futuras”³³³.

Na visão de José AFONSO DA SILVA³³⁴, além da garantia de difusão da cultura, de acesso às fontes da cultura nacional e de liberdade das formas e de manifestação cultural, o direito de acesso à cultura pode ser identificado também pela garantia assegurada à criação intelectual, nela estando compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as quais possuem relação direta com a garantia de liberdade de expressão. Para Tercio SAMPAIO FERRAZ³³⁵, a efetividade destes direitos depende não apenas das regulamentações infraconstitucionais, como também do orçamento do Estado, lhe sendo atribuído um encargo vinculado a certa linha diretora.

Os artigos 23, 24 e 30, da Constituição Federal tratam da distribuição de competência entre os entes federativos no que concerne a regulação e efetivação dos direitos culturais. Considerando a relevância destes direitos, o legislador constitucional fixou a competência comum, não havendo exclusividade na proteção do patrimônio cultural ou na garantia de acesso, direitos que podem e devem agir, em conjunto ou isoladamente, para proteger e garantir à população acesso ao patrimônio cultural. Por outro lado, se optou pela competência concorrente dos entes federados em assuntos envolvendo a proteção do patrimônio e sobre a responsabilidade por danos e sobre a cultura em geral, cabendo ao Município legislar supletivamente sobre assuntos de interesse local³³⁶.

Os direitos culturais apresentam ligação estreita com o direito à educação, uma vez que a educação constitui instrumento para difundir as artes, o pensamento e o saber, nos termos do artigo 206, inciso II. Para VEIGA NETO, a associação entre cultura e educação

³³³ Art. 1º da *Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007.

³³⁴ SILVA, José A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 312.

³³⁵ FERRAZ JR., Tércio S. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 117.

³³⁶ Art. 30, II da Constituição Federal.

tem origem na proximidade conceitual entre civilização e cultura nos séculos XVIII e XIX, período em que o processo de aprendizado era compreendido como uma forma apreender a cultura, de maneira a civilizar-se³³⁷. O direito à cultura é também reforçado por outros direitos, como aqueles destinados às crianças e adolescentes, e ao respeito de sua condição peculiar, bem como de liberdade de comunicação e expressão, consequentes lógicos do exercício da autonomia individual.

A Constituição Federal estabeleceu princípios próprios para os direitos culturais, que são a imposição do dever do Estado em garantir o exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura, presentes nos já mencionados artigos 215 e 216. Assim, a garantia de acesso às fontes culturais e artísticas representa nada menos que a concretização destes princípios, e está aliada à valorização e difusão das manifestações e fontes culturais, que compõem o patrimônio cultural brasileiro³³⁸.

Por meio da Emenda Constitucional nº 48/2005, foi inserido no artigo 215 o parágrafo terceiro, que prevê como dever da União estabelecer o Plano Nacional de Cultura, visando ao desenvolvimento cultural nacional e integração das ações relativas a estes direitos³³⁹. Referido Plano apresenta como direcionamentos a defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro, produção, promoção e difusão de bens culturais, formação de profissionais com capacidade para lidar com a gestão de bens culturais, a democratização do acesso aos bens de cultura e a valorização da diversidade étnica e regional. Para a concretização de metas tão ambiciosas, a Constituição Federal usa dos incentivos fiscais para estimular e diversificar a produção cultural e difundir os bens e o conhecimento sobre o patrimônio cultural brasileiro, garantindo o seu amplo acesso.

³³⁷ “Veio daí, por exemplo, a diferenciação entre alta cultura e baixa cultura. Simplificando, a alta cultura passou a funcionar como um modelo – como a cultura daqueles homens civilizados que ‘já tinham chegado lá’, ao contrário da ‘baixa cultura’ – a cultura daqueles menos cultivados e que, por isso, ‘ainda não tinham chegado lá’. De tal diferenciação ocuparam-se muitos pedagogos, uma vez que a educação foi – e ainda é – vista por muitos como o caminho natural para a ‘elevação cultural’ de um povo.” Cf. VEIGA NETO, Alfredo. “Cultura, culturas e educação”, in Revista Brasileira de Educação, n. 23, abr.-jul., 2003, p. 5-15.

³³⁸ Nas palavras de Allan Rocha de Souza, a Constituição Federal, ao tratar de “processo civilizatório nacional”, refere-se às interações culturais como constitutivas da nação e, neste sentido, busca alcançar as manifestações nacionais e locais, as quais são parte do complexo cultural nacional e, como tal, devem ser valorizadas, difundidas e devidamente protegidas, a fim de evitar a ilegítima apropriação privada. BARBOZA, Heloísa H (orientadora). SOUZA, Allan R. *Os Direitos Culturais e as Obras Audiovisuais Cinematográficas: entre a Proteção e o Acesso*. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2010, p. 58.

³³⁹ Art. 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II produção, promoção e difusão de bens culturais; III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV democratização do acesso aos bens de cultura; V valorização da diversidade étnica e regional.

Portanto, tanto a liberdade de expressão cultural como a liberdade de comunicação de tais expressões, aliadas ao direito à educação são garantias fundamentais que se encontram intimamente relacionadas, fazendo parte do processo mais amplo de participação, que inclui ainda a preservação, promoção e o acesso ao patrimônio cultural. Tais criações artísticas são protegidas por direitos autorais, os quais, obviamente, também fazem parte do âmbito dos direitos culturais, estando sujeitos à satisfação igualmente dos interesses dos autores e titulares, ao menos quanto ao reconhecimento de seus direitos morais, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana³⁴⁰.

3.2.3.2. Direito à Educação

Reconhecida no artigo 3º da Constituição como objetivo fundamental da República do Brasil e no artigo 6º como direito social, o direito à educação é estabelecido de forma ampla pela Carta Magna, sendo dever de toda sociedade o incentivo e a promoção. Como sistema constitucional próprio, apresenta princípios peculiares à atividade de ensino, por exemplo, igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, liberdade de pesquisa, ensino e aprendizagem, gratuidade e valorização dos profissionais, seja por meio de uma gestão democrática, da garantia de um padrão de qualidade ou de um piso salarial adequado ao desempenho de suas funções.

Tais disposições coadunam com o artigo 26 da Declaração Universal, sem prejuízo dos Pactos Internacionais³⁴¹, que assim estabelece:

³⁴⁰ MORAES, Maria Cecília B, “O princípio da dignidade humana”, in MORAES, Maria Celina B. (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

³⁴¹ Conforme o artigo 13 do PIDESC:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;

b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;

c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Conforme ressalta Nina RANIERI³⁴², a educação é, portanto ônus do Estado e da sociedade, direito público subjetivo do cidadão que se reveste dos elementos estruturantes dos sistemas de direitos fundamentais, quais sejam, a universalidade, a igualdade, a indisponibilidade e a natureza constitucional, haja vista assegurar interesses e necessidades consideradas essenciais, e por isso, fundamentais. Neste sentido, o direito à educação é corolário da dignidade da pessoa humana, de modo que a sua efetividade beneficia reciprocamente o indivíduo e a coletividade.

Referida autora vai adiante e esclarece que o direito à educação, na realidade, é gênero do qual os direitos educacionais são desdobramentos. Para o sistema jurídico

d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;

e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

³⁴² RANIERI, Nina B.S, “O regime jurídico do direito à Educação na Constituição Brasileira de 1988”, in REBELO, Marcelo S. (coord.). *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. vol. 3, p 11-32.

brasileiro, o direito à educação constitui fundamentalmente um direito a prestações positivas de custos materiais. Já os direitos educacionais (ou direitos na educação) têm como função primária a defesa das liberdades no campo da educação, como a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, o pluralismo de ideias, o caráter facultativo do ensino religioso, dentre outros, os quais são direitos de natureza instrumental, submetidos ao regime de liberdades e garantias, de eficácia plena e aplicabilidade imediata³⁴³.

Em coerência ao sistema constitucional, o direito à educação tem desdobramento em todo o sistema normativo, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas, e também na legislação federal, das quais destacamos: (i) o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990); (ii) a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996); (iii) a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985); (iv) a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992), leis de responsabilidade administrativa (Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967), bem como normas procedimentais do Código de Processo Civil, do Mandado de Segurança e da Ação Popular, que preveem como titulares do direito de ação não somente entes estatais personalizados, como é o caso do Ministério Público, mas todo e qualquer cidadão interessado.

Tal direito de ação, para que seja realmente efetivo, exige ações concretas do Estado e não apenas a possibilidade de agir em juízo, uma vez que os problemas jurídicos a serem enfrentados residem, no mais das vezes, na identificação dos titulares do direito de ação para exigir a execução de políticas públicas, bem como na competência do Judiciário para determinar ao Executivo a execução das mesmas, inclusive em face de compromissos internacionais³⁴⁴. De qualquer forma, não se pode deixar de reconhecer a relevância conferida à normativa constitucional do regime de promoção e proteção do direito à educação.

³⁴³ OLIVEIRA, Romualdo P, “O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu Restabelecimento pelo Sistema de Justiça”, in *Revista Brasileira de Educação*. Mai/Jun/Jul/Ago 1999, nº 11, p. 61-74.

³⁴⁴ VIEIRA, Evaldo. *A política e as bases educacionais*. Cadernos Cedes, ano XXI, nº 55, novembro/2001. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5538.pdf>>. Acesso em 23 de novembro de 2013.

3.2.3.3. Direito de Acesso à informação

A efetivação do direito fundamental de acesso à informação, tal como ocorre no direito internacional, é algo igualmente desafiador no campo das leis internas. Apresenta a capacidade de se relacionar diretamente com todas as outras garantias fundamentais e, por essa razão, é o direito que apresenta maior probabilidade de conflito com os direitos de autor.

Com a disseminação do acesso ao ambiente digital pela internet e a divulgação do conhecimento por meio da rede, o acesso à informação e à cultura se ampliou exponencialmente. Entre 2000 e 2010, o crescimento médio anual da utilização da internet ultrapassou 30% em cerca de sessenta países em desenvolvimento com populações iguais ou superiores a um milhão³⁴⁵.

Há que se destacar também a importância da internet e dos media enquanto agregadores de baixo custo da opinião pública e disseminação da informação, sendo prova disso o aumento do poder de influência da sociedade civil sobre questões globais cruciais em razão da rápida divulgação de informações pela internet. Exemplificando, em 2012, o sítio da rede social *facebook* registrou mil milhões de utilizadores ativos mensais, com cerca de 140,3 mil milhões de ligações entre amigos, estando no hemisfério sul quatro dos cinco países com maior número de utilizadores da rede social: Brasil, Índia, Indonésia e México³⁴⁶.

Além disso, têm sido desenvolvidos em diferentes partes do planeta computadores de baixo custo, com capacidade para possibilitar o acesso às regiões com menor poder aquisitivo. Neste sentido, o projeto de disseminação da cultura digital desenvolvido pela

³⁴⁵ Conforme Relatório de Desenvolvimento Humano – Ascensão do Sul: progresso num mundo diversificado do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), publicado em 2013, a partir de 1990, o acesso à internet e aos meios de comunicação digitais aumentou exponencialmente, em paralelo ao aumento da oferta educacional nos países em desenvolvimento, com previsão de aumento em 20% para 2050 em comparação aos índices auferidos em 2010 (44% para os níveis de educação terciária). PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano – A Ascensão do Sul: o Progresso Humano em um Mundo Diversificado*, 2013.

³⁴⁶ Informações disponibilizadas pelo site oficial de estatísticas sobre redes sociais SocialBakers. Disponível em <<http://www.socialbakers.com/facebook-statistics/>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

empresa de tecnologia indiana WIPRO, que comercializa *tablets* de baixo custo³⁴⁷ ou o projeto de automóvel desenvolvido pela empresa Tata com tecnologia nano e de baixo custo, que pode ser exportado em kits para montagem por técnicos locais³⁴⁸. Estes são importantes exemplos de que a redução nos custos do acesso à tecnologia e ao conhecimento podem apresentar resultados relevantes para o desenvolvimento de novas formas de conhecimento e disseminação da informação.

O direito à informação apresenta três vertentes: (i) a primeira, relativa ao direito de receber livremente as informações, especialmente por via das mídias; (ii) a segunda, consubstanciada na busca de informações por meio de fontes acessíveis; e (iii) a terceira, relativa ao direito de divulgar a informação sem quaisquer entraves. Dessa forma, o direito à informação é considerado um complemento da garantia de liberdade de expressão, lhe assegurando eficácia, uma vez que a garantia de liberdade de expressão é nula caso o público não seja beneficiado com o recebimento efetivo da informação³⁴⁹.

Enquanto garantia fundamental, o direito de acesso à informação também pode restringir as prerrogativas atribuídas aos direitos de autor, inclusive em seus aspectos morais. De acordo com MACCIACCHINI, citado por GEIGER³⁵⁰, esta discussão está presente nos casos envolvendo a publicação de conteúdo de interesse político ou econômico, em que a proteção aos direitos de autor é utilizada como meio para obstaculizar o acesso à informação de relevância social, situação em que no confronto entre os direitos de autor e as garantias fundamentais de liberdade de expressão e de acesso à informação, prevalecem estas últimas.

Assim, medidas rígidas de proteção da propriedade intelectual têm como efeito menor acesso ao conhecimento e, em se tratando de educação, podem resultar em prejuízo para uma geração economicamente ativa inteira, que apresentará deficiências para se inserir no mercado de trabalho e, em maior escala, promover o desenvolvimento econômico do

³⁴⁷ A estratégia de comercialização a custos acessíveis da tecnologia foi tratada pelo artigo do New York Times, intitulado “Wipro planning low-cost tablet, camera”, de 11 de outubro de 2011. Disponível em <http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2011-10-11/hardware/30266148_1_imec-wipro-technologies-products>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

³⁴⁸ Informações disponíveis no site da empresa Tata Motors. Disponível em <<http://www.tatamotors.com/vehicles-and-services/nano/nano.php>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

³⁴⁹ Analisando o direito constitucional alemão, GEIGER identifica a presença desses três elementos, concluindo, assim que o direito à informação é fundamento para o direito de liberdade de comunicação. Cf., GEIGER, Christophe. *Droit d’auteur et droit du public à l’information. Approche de droit compare*, cit., p. 150-151.

³⁵⁰ MACCIACCHINI, Sandro. Urheberrecht und Meinungsfreiheit: Untersucht am Gegenstand der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke in der Berichterstattung der Medien. Tese (doutorado), Universität Zürich, 2000, p 153, in GEIGER, Christophe. *Droit d’auteur et droit du public à l’information. Approche de droit compare*, p. 278.

país. As situações mais impactantes estão no campo da educação, com as dificuldades impostas para acesso a acervos digitais, capacitação de profissionais da rede de ensino e acesso a bens de tecnologia com a possibilidade de alteração dos programas de computadores sem a autorização do autor ou do titular para fins estritamente educacionais. Tais medidas possuem cunho estritamente social, não havendo motivos, muito menos de ordem concorrencial, para que tenha seu acesso restringido ou impossibilitado.

3.3. O sistema jurídico infraconstitucional de direitos de autor

De acordo com a pesquisa IP Watchlist 2011³⁵¹, o Brasil possui um dos piores regimes de direitos autorais do mundo referente às leis que mais restringem direitos do consumidor no acesso a serviços e produtos. Ainda, recebeu uma das piores notas no quesito “possibilidades educacionais”. Estão ao seu lado Japão, Egito, Argentina, Tailândia, Quênia, Reino Unido, Jordânia e Chile. Como se pode notar, trata-se, em sua maioria, de países em desenvolvimento.

Este resultado é esperado, considerando as proibições da legislação para cópia ou digitalização com fins educacionais ou científicos, em um país em que o nível de renda da população e o preço dos livros científicos são incompatíveis, além das crescentes exigências da indústria reprográfica, resultando em restrições aos recursos educacionais, que constituem elemento fundamental e estratégico para desenvolvimento de mão-de-obra qualificada³⁵².

Uma das falhas a ser apontada para o fato de o Brasil se encontrar nessa situação reside na falta de previsão, na Constituição, de norma que preveja com clareza a função social a que se destina a proteção dos direitos autorais. Esse fato denota a concepção individualista que permanece no sistema nacional de proteção dos direitos autorais, restringindo-os tão-somente à primeira dimensão de direitos humanos, pautada na

³⁵¹ Levantamento sobre direito autoral e propriedade intelectual feita pela instituição Consumers Internacional, federação relacionada à defesa de direitos do consumidor no mundo todo, em parceria com o IDEC – Instituição de Defesa do Consumidor. CONSUMERS INTERNATIONAL e IDEC. *IP Watchlist 2011*. Disponível em <<http://a2knetwork.org/sites/default/files/IPWatchlist-2011-ENG.pdf>>. Acesso em 21 de novembro de 2013.

³⁵² Vale ressaltar que um dos maiores beneficiados com a remessa de royalties resultantes da exploração de direitos de autor no Brasil são os Estados Unidos, já conhecidos por sua política rígida de aplicação dos direitos de propriedade intelectual. CTS – CENTRO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE. *Direitos autorais em reforma*. Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2011, p. 47 e ss.

valorização das liberdades individuais, nesse caso, restritas exclusivamente às liberdades do autor.

Conforme já tratado, a Constituição Federal, ao estabelecer diretrizes para os direitos fundamentais envolvendo direitos de autor aponta claramente para a proteção dos direitos individuais dos autores quanto à utilização de suas obras, garantindo-lhes, inclusive, o direito a fiscalização dos rendimentos que redundem da exploração de suas obras, denotando o caráter de monopólio de reprodução, utilização e publicação, tradicionalmente compreendidos como inerentes a esses direitos³⁵³.

Mais timidamente, a garantia de acesso à cultura e ao patrimônio cultural se encontra prevista nos artigos 215 e 216 da Carta Magna. Porém, com exceção da previsão de Plano Nacional da Cultura, não foram apontadas pelo legislador constitucional diretrizes para adoção de políticas públicas de impacto nessa área, deixando à sua amplitude e aplicação ao alvedrio da legislação infraconstitucional e da construção jurisprudencial.

3.3.1. Lei de Direitos Autorais

Com objetivo de regular as obrigações assumidas no Acordo TRIPS, foi promulgada a atual Lei de Direitos Autorais (LDA - lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998)³⁵⁴. A estrutura clássica brasileira dos direitos de autor é inspirada no sistema francês, o qual enfatiza a proteção da obra como manifestação do espírito de seu criador³⁵⁵.

Ao contrário do que se verifica no campo dos direitos de propriedade industrial, a definição do objeto da proteção autoral não é precisa. Os acordos ratificados pelo Brasil previram somente critérios de proteção, deixando a definição em aberto para que os países signatários tivessem certa margem de discricionariedade em sua definição³⁵⁶. De qualquer forma, o artigo 7º da LDA prevê uma lista com rol exemplificativo do que se entende por obras artísticas e literárias, estando dentre elas as obras fotográficas, audiovisuais, ilustrações e programas de computador³⁵⁷.

³⁵³ CANOTILHO, José .J. G.; MACHADO, Jónatas. *A Questão da Constitucionalidade das Patentes “Pipeline” à Luz da Constituição Federal Brasileira de 1988*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 20-21.

³⁵⁴ No mesmo período foram promulgadas outras leis visando regular temas relacionados à Propriedade Intelectual, como a Lei da Propriedade Industrial, lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, Lei de Proteção dos Cultivares, lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997, e Lei do Software, lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998.

³⁵⁵ BARBOSA, Denis B. *Direito de Autor. Questões Fundamentais de Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 16.

³⁵⁶ BARBOSA, Denis B. *Direito de Autor. Questões Fundamentais de Direito de Autor*, cit., p. 68.

Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

Nos termos do artigo 11 da LDA, autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Denis BARBOSA, usando da definição de Manoel PEREIRA DOS SANTOS³⁵⁸, afirma que tal qual a definição de obra, a noção de autoria é ampla e sujeita a diferentes interpretações, dependendo se a sua definição é formulada no campo da estética ou do domínio jurídico. Já de acordo com a perspectiva dos direitos do autor, a autoria está necessariamente vinculada à expressão da obra enquanto modo de concretização e exteriorização do pensamento, não do conteúdo. Assim, o que importa não é a paternidade intelectual da “ideia” em seu sentido amplo, mas a vinculação à sua forma de expressão, razão pela qual criador e autor não seriam termos sinônimos³⁵⁹.

A proteção dos direitos de autor independe de qualquer providência, visto derivada do próprio ato de criação, de maneira que o registro constitui somente mera prova de autoria. Como para os demais países signatários da CUB e do Acordo TRIPS, na LDA os direitos de autor apresentam aspectos morais e patrimoniais. Os direitos morais, como já abordados neste trabalho, são inalienáveis e irrenunciáveis, transmissíveis aos herdeiros dos

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

³⁵⁸ BARBOSA, Denis B. *Direito de Autor. Questões Fundamentais de Direito de Autor*, cit., p. 19. . Cf. também SANTOS, Manoel J. P. *A Questão da Autoral, Direitos Autorais*. São Paulo: Saraiva, 2012 (no prelo).

³⁵⁹ Para José de Oliveira Ascensão, o direito de paternidade estaria além do direito de menção ou designação do nome do autor quando da citação de sua obra, visto supor não apenas a omissão da designação do autor, como a utilização abusiva por outrem da obra própria. Por meio dele, o autor pretende antes de mais o reconhecimento do seu direito, e secundariamente a cessação da utilização abusiva. Esclarece, por outro lado, que aquele que nega a autoria de uma obra não age como autor, cabendo, neste caso, a proteção via direitos da personalidade, tal qual se aplica ao direito ao nome. Cf. ASCENSÃO, José de O. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.76.

autores, estando neles englobados os direitos de paternidade, ineditismo e modificação e ao Estado a defesa da sua integridade³⁶⁰.

O artigo 24 da LDA determina, dentre outras, como prerrogativas resultantes dos direitos morais o direito de reivindicar a obra a qualquer tempo, de ter seu nome identificado quando do uso de sua obra, de assegurar a sua integridade, opondo-se a quaisquer modificações, e de retirar a obra de circulação quando a sua utilização implicar em afronta à sua reputação e imagem.³⁶¹ Para o sistema anglo-saxão, conforme observa Claude COLOMBET³⁶², a maior parte da substância do que o sistema de *droit d'auteur* entende por direitos morais, para os Estados Unidos e outros países de *common law*, tem sido reconhecida pelos tribunais em demandas de direitos de autor envolvendo difamação, direito à proteção da vida privada, ou até mesmo injustas obrigações advindas do direito da concorrência.

Os direitos patrimoniais se referem à exploração econômica da obra, podendo ser cedidos a terceiros, em caráter definitivo ou temporário, de forma parcial ou total. Estão previstos no artigo 29 e abrangem os direitos de reprodução (parcial ou integral), edição, adaptação, tradução, distribuição, utilização (direta ou indireta) mediante execução musical, emprego de alto-falante, radiodifusão sonora ou televisiva, exibição audiovisual, de satélites artificiais³⁶³. Além da proteção conferida em vida ao autor, os direitos patrimoniais

³⁶⁰ BARBOSA, Denis B. *Direito de Autor. Questões Fundamentais de Direito de Autor*, cit., p. 37.

³⁶¹ Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

³⁶² COLOMBET, Claude. *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*. Paris: Litec e UNESCO. – 2a., 1992. p.40.

³⁶³ Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

perduram por 70 (setenta) anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil³⁶⁴.

Para José de Oliveira ASCENSÃO³⁶⁵, o núcleo do direito patrimonial é constituído pelo direito exclusivo de exploração econômica da obra, o qual, porém, não se confunde com o direito de utilização da obra que, para o professor, apresenta um caráter espiritual, estando integrado dentre as faculdades pessoais. Por essa razão, não seria possível falar em direito de utilização exclusivo do autor, pois, quebrado o inédito, qualquer um tem o direito de utilizar a obra, seja o autor ou outra pessoa, podendo o autor somente excluir que os outros utilizem publicamente a sua obra sem autorização. Portanto, os direitos patrimoniais reservariam ao autor somente a exploração pública da obra, consubstanciada em seu aproveitamento econômico, de modo que o uso privado por terceiros é por natureza alheio aos direitos de autor.

Todavia, interesses relacionados às segunda e terceira dimensões de direitos humanos, quais sejam, direitos econômicos, sociais e culturais, e coletivos, e de solidariedade e fraternidade, foram deixados de lado pelo legislador infraconstitucional quando de sua elaboração. Essa omissão no plano normativo federal reflete a ausência de normas claras a respeito em âmbito constitucional, em que não se obteve o reconhecimento da primazia da proteção aos direitos de autor como instrumento para a promoção do desenvolvimento e reconhecimentos das regras de direitos humanos, o que era plenamente

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

³⁶⁴ Art. 41, LDA.

³⁶⁵ Na visão do renomado professor, o setor pessoal e o setor patrimonial esgotam o conteúdo de afetação dos direitos de autor, o que não significa que não surjam faculdades meramente complementares que representam vantagens substantivas autônomas. Cf. ASCENSÃO, José de O. *Direito Autoral*, cit., p. 198-200.

possível, tendo em vista a abertura concedida pelos tratados internacionais mencionados, dos quais o Brasil é parte signatária.

A discrepância entre a extensão da proteção que é concedida aos titulares dos direitos de autor em face das exceções e limitações de que a sociedade provém para se tenha acesso a esses bens sem por eles pagar altíssimo preço, tem como resultado a construção de um sistema regulatório injusto e desequilibrado, em que se não leva em consideração a natureza do bem protegido, e tampouco, os benefícios que a relativização da sua proteção poderia trazer. Trata-se, na realidade, da distorção da finalidade do sistema de proteção dos direitos de autor por parte daqueles que dele se utilizam.

3.3.2. Lei do Software

Nos termos do artigo 1º da Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (“Lei do Software”), “programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”. A proteção se dará pelo período de 50 (cinquenta) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação³⁶⁶.

O programa de computador (denominado *software*) pode ser compreendido tecnicamente por duas vertentes: a primeira, mais restritiva, o identifica como programa; a segunda, mais ampla, abrange além do programa, o suporte magnético, o manual de instruções e a documentação acessória³⁶⁷.

De acordo com o sistema jurídico internacional e como expressamente previsto pela Lei do Software, os programas de computador são regulados pelas disposições relativas aos direitos de autor. Todavia, não lhe serão aplicadas as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado o direito de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra e de

³⁶⁶ Art. 2º, § 2º, adiante.

³⁶⁷ PAESANI, Liliana M. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 28.

opor-se a alterações não autorizadas, quando implicarem em deformação, mutilação ou outra modificação da obra, capaz de prejudicar a sua honra ou reputação³⁶⁸.

Em comparação às demais obras artísticas e literárias protegidas por direitos de autor, os programas de computador apresentam algumas peculiaridades em seus elementos de constituição: (i) originalidade, consubstanciada no surgimento de um novo algoritmo, que seja totalmente diferente daqueles que lhe são preexistentes; (ii) pertencer ao domínio das letras ou da ciência; (iii) tratar-se de material passível de proteção pela lei; e (iv) distinção, de modo que o programa de computador não seja apenas novo, isto é, não esteja contido no estado da técnica, mas que também seja distintivo em relação aos demais, em grau comparável ao ato inventivo dos modelos de utilidade³⁶⁹.

Ao tratar das peculiaridades desta Lei, em comparação à visão tradicional adotada para os direitos de autor, Carlos Alberto BITTAR³⁷⁰ esclarece que a titularidade sobre os direitos gerados da criação e da exploração dos programas de computador é do criador do programa. Ao usuário somente será atribuído este privilégio caso desenvolva alterações de cunho criativo no programa de que se utiliza, coincidindo, portanto as posições de usuário e titular dos programas que alçaram a máquina ao plano criador. De toda forma, em nenhuma hipótese, de acordo com a lógica legislativa pátria a titularidade dos direitos de autor será atribuída à máquina, resumidas à posição de objeto da proteção.

Os artigos 7º e 8 da Lei do Software trazem pontos de atenção, relativos às denominadas garantias dos usuários. O artigo 7º estabelece que o usuário terá acesso ao programa de computador por meio do contrato de licença, no qual deverá estar consignado o prazo de validade técnica e os termos de uso do programa. Em caso de comercialização do programa de computador, o artigo 8º confere ao titular dos direitos de comercialização ou dos direitos sobre o programa o dever de assegurar aos usuários a prestação de serviços de assistência técnica que visem ao adequado funcionamento do programa, em território nacional e durante o prazo de validade técnica.

³⁶⁸ Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

§ 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

§ 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

§ 3º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

³⁶⁹ BARBOSA, Denis B. *Direito de Autor. Questões Fundamentais de Direito de Autor*, cit., p. 347-353.

³⁷⁰ BITTAR, Carlos A. *Contornos Atuais do Direito de Autor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1992, p. 195.

Liliana PAESANI³⁷¹, analisando ambos os artigos, levanta duas questões. A primeira delas, relativa à confidencialidade (artigo 7º), em vista do compartilhamento de informações entre usuário e prestador de serviços, razão pela qual sugere a manutenção das cláusulas de confidencialidade dos contratos envolvendo programas de computador após o término da licença. A segunda questão, relativa à responsabilização e indenização por infração aos direitos de comercialização, imputa ao infrator a reparação por eventuais danos. Nota-se, portanto, que as garantias oferecidas aos usuários apresentam caráter restritivo quanto à sua fruição, estando sujeitas aos limites impostos pelos autores e titulares via contratos de licença.

Em crítica à Lei do Software, Manoel J. PEREIRA DOS SANTOS explica que a esta repete desnecessariamente algumas disposições já previstas pela LDA, como as regras procedimentais dos artigos 13 e 14 que poderiam ter sido integradas na disciplina geral. Além disso, o mencionado autor ressalta perda da oportunidade do legislador em integrar na LDA a proteção dos programas de computador, o que, em sua opinião, poderia evitar decisões conflitantes com o espírito da legislação autoral.

Outrossim, Marcos WACHOWICZ³⁷² aponta como ponto de atenção desta Lei o extenso prazo de proteção conferido aos programas de computador, de 50 (cinquenta) anos, pois dificulta o avanço tecnológico, uma vez que a lei busca amoldar a tal modalidade de proteção os clássicos institutos de direitos de autor.

Na visão deste autor, o maior impacto pode ser vislumbrado nos problemas envolvendo o domínio público. A sujeição do livre acesso ao material a um prazo tão extenso quanto o previsto pela Lei do Software significa a restrição do acesso a novas formas de tecnologia e de conhecimento a um grupo seletivo, que possua condições para pagar preços elevados em contrapartida ao acesso às novas tecnologias e suas recorrentes atualizações. Parece óbvio que, passados cinquenta anos, o programa de computador terá pouca ou nenhuma serventia, haja vista a obsolescência do material, que deixará de apresentar qualquer interesse econômico ou social.

Ademais, os prejuízos também se verificam para o processo de criação do autor. A extensão do prazo de proteção resulta no alargamento da perspectiva de retorno dos investimentos, acarretando o desenvolvimento de produtos que apresentem pouca ou

³⁷¹ PAESANI, Liliana M. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*, cit., p. 70-71.

³⁷² WACHOWICZ, Marcos, “A complexidade do domínio público relativamente ao software”. Disponível em http://thacker.diraol.eng.br/mirrors/www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/12/texto_marcos_wachowicz_mesa7.pdf. Acesso em 27 de novembro de 2013.

nenhuma inovação, porém vendidos a altos valores, dando ensejo ao desenvolvimento de uma estrutura de monopólio na qual se ultrapassam os limites do razoável em prol dos argumentos de recompensa pela criatividade e esforço daquele que o desenvolveu – de modo geral, a indústria³⁷³.

Por tais razões, apresenta relevância o estudo das limitações aplicadas aos direitos de autor, bem como discutir a forma como foram previstas pela LDA e se tais medidas atendem às necessidades da sociedade – seja dos autores e titulares ou dos usuários.

3.3.3. Limitações aos direitos de autor: artigo 46 e seguintes da LDA

De acordo com José OLIVEIRA ASCENSÃO³⁷⁴, o termo “limitação” abrange tudo aquilo que impede que o direito de autor tenha caráter absoluto. Neste sentido, toda regra negativa seria uma limitação aos direitos de autor, pois assim como o sistema jurídico não admite uma propriedade absoluta, também se pressupõe que os direitos de autor não são ilimitados. As limitações não têm objetivo de restringir os direitos de autor no tempo, os quais

por sua própria natureza já apresentam prazo definido de duração e, tampouco, buscam reduzir o âmbito de proteção das obras (caso das obras em domínio público), pelo contrário, têm por objeto obras protegidas, sobre as quais, mediante regra especial, certas utilizações, normalmente vedadas, passam a ser livres.

Ainda que o termo “exceções e limitações” tenha se generalizado em textos internacionais de maneira indiscriminada, a LDA, em seu artigo 46, optou corretamente ao se utilizar do conceito de limitações, uma vez que as restrições não são excepcionais³⁷⁵. Elas podem apresentar como característica a excepcionalidade, mas tal se deve à natureza intrínseca da regra e não ao simples fato de limitar um direito autoral. Pois, em sua visão, se tal raciocínio houvesse sido adotado, pressupor-se-ia o direito de autor como absoluto, de

³⁷³ A tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos (art. 2º §2º da Lei do Software), em atenção ao tempo mínimo de proteção garantido às obras protegidas por direitos autorais, resulta em um baixo estímulo à inovação e renovação por parte da indústria, que apenas procederá a alterações artificiais no produtor para manter seu monopólio e hegemonia no mercado. Com isto, se tem para o consumidor, e até mesmo para os órgãos de fiscalização, a assimetria de informação a respeito do produto, em que, ao longo prazo, se deixa de considerar como requisito para compra a qualidade e utilidade do produto. Vide AKERLOFF, George, “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, in *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3 (ago. 1970), p. 488 e ss..

³⁷⁴ ASCENSÃO, José de O. *Direito Autoral*, cit., p. 255.

³⁷⁵ ASCENSÃO, José de O, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, in WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. P. (orgs.). *Estudos de Direito de autor*. Florianópolis: Editora Fundação José Arthur Boiteux, 2012, p. 15-54.

maneira que qualquer regra que o limitasse ou o restringisse seria considerada uma exceção³⁷⁶.

Dentro do gênero limitações se distinguem as utilizações livres, não remuneradas ao autor e tendencialmente automáticas, e outras restrições, em que se verifica o eventual pagamento de remuneração. De qualquer forma, devemos ter em conta que os limites impostos ao uso da obra são elementos intrínsecos dos direitos de autor, estando no mesmo patamar e apresentando a idêntica dignidade das regras atributivas de poderes aos autores e titulares³⁷⁷.

Carlos MOUCHET e Sigfrido RADAELI afirmam que as limitações são ditadas por razões superiores às conveniências dos particulares, impostas pelas mesmas leis regulamentares dos direitos de autor, estando também fundamentadas nos interesses culturais e de informação, os quais são interesses coletivos por excelência³⁷⁸.

Ainda, Carlos Alberto BITTAR³⁷⁹, analisando as limitações à luz da LDA, destaca que “(a) uma reveste-se de caráter institucional, decorrente da própria conceituação desse direito; (b) outras se aliam a exigências da cultura, da censura, do ensino e de outras considerações de ordem pública, presentes, aliás, nas convenções internacionais e, praticamente, em todas as legislações do mundo civilizado. (...) Exigências da coletividade impõem, ainda, outras limitações aos direitos autorais, inclusive quanto às obras que poderiam ser consideradas em seu contexto, como discursos e outras criações dessa ordem, notícias de jornais, cartas e certas inserções em publicações periódicas.”.

Passada a questão da terminologia utilizada, importa analisar as limitações previstas na LDA, uma vez que as limitações devem conciliar interesses de fundo constitucional: de um lado, a esfera moral e patrimonial da criação humana, protegida pelo texto básico; de outro, interesses tais como a tutela à criação, o direito à citação, o direito à informação, dentre outros³⁸⁰.

³⁷⁶ Assim, para estes autores, seriam exceções em sentido lato as obras excepcionadas da proteção aos direitos de autor, previstas no artigo 8º da LDA, que são: (i) as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; (ii) os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; (iii) os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; (iv) os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; (v) as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; (vi) os nomes e títulos isolados; (vii) o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

³⁷⁷ ASCENSÃO, José de O, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, cit.

³⁷⁸ Para os referidos autores, sem direito coletivo não há que se falar em limitações. MOUCHET, Carlos; RADAELI, Sigfrido. *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1948.

³⁷⁹ BITTAR, Carlos A. *Contornos Atuais do Direito de Autor*, cit., p. 145.

³⁸⁰ BARBOSA, Denis B. *Direito de Autor. Questões Fundamentais de Direito de Autor*, cit., p. 689.

Nos termos do artigo 46 da LDA, são previstos como limitações os direitos relativos

a:

I - a reprodução:

- a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
- c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;
- d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

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

Em complementação ao sistema de proteção aos direitos de autor, o artigo 6º da Lei do Software estabelece que não constitui ofensa aos direitos de autor:

I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;

III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu.

A questão reside em determinar a combinação ótima de poderes e deveres de que resulta a atribuição das limitações, caso em que estão em jogo as liberdades fundamentais constitucionalmente garantidas tanto aos autores e titulares quanto aos usuários. Por este prisma, infelizmente, a LDA parece estar longe de estabelecer o consenso.

A leitura dos primeiros incisos do artigo 46 da LDA comprova que o desvirtuamento do sistema e os abusos cometidos pelos titulares dos direitos de autor, em se tratando da possibilidade de uso das limitações pelos usuários e das exigências feitas

pelos autores para sua implementação³⁸¹, as quais representam entraves ao acesso e difusão do conhecimento. Este é o caso, por exemplo, da limitação prevista pelo inciso II, relativa ao limite de número de páginas que podem ser xerocopiadas de exemplares com fins estudantis e acadêmicos. Referida norma restringe a cópia de conteúdo de livros a pequenos trechos, ainda que não se vislumbre o intuito de lucro por parte de quem assim procede ou mesmo o efetivo prejuízo ao mercado em que a disponibilização da obra se encontra³⁸².

Em um ambiente acadêmico, destinado à difusão e ao aperfeiçoamento do conhecimento, os custos que podem advir dessa limitação são altíssimos em comparação ao poder aquisitivo da maioria daqueles que se utilizam dos livros e de outros materiais para seu aperfeiçoamento intelectual.

Assim, a obtenção de cópias reprográficas consiste em alternativa barata aos estudantes de terem acesso às obras objeto de sua pesquisa, o que, de forma alguma, acarretaria qualquer prejuízo para as editoras, uma vez que esses estudantes não correspondem a um mercado de consumo expressivo.

Por um lado, não se pode desconsiderar que deixar de atribuir remuneração aos mestres de ensino, pois representaria um desincentivo à sua produção científica. Por outro, para os casos em que os autores destas obras cedem, parcialmente ou em sua totalidade, os direitos patrimoniais concernentes, lhes sendo mais lucrativo contar com o reconhecimento de seus leitores, não há que se falar que a reprografia para fins acadêmicos lhes traria prejuízos consideráveis³⁸³.

Ademais, a expansão em demasia das hipóteses de direito de remuneração traz o risco de transformar espaços de liberdade (tal qual o ambiente de ensino) em espaços de utilização onerosa, gerando como efeito a injustiça de se onerar o público, independentemente do uso ou não do direito em causa. De igual forma, não é lícito criar administrativa ou jurisprudencialmente direitos de remuneração, pois, por idênticas razões, direitos exclusivos só podem ser criados por lei³⁸⁴.

³⁸¹ Conforme instruções da biblioteca do Supremo Tribunal Federal “Por força do artigo 46, inciso II da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) é proibida a reprodução integral do livro. O texto legal permite somente a cópia de pequenos trechos da obra para fins didáticos.” Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaServicoAtendimento&pagina=perguntaFrequente>>. Acesso em 06 jun.2011.

³⁸² Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

³⁸³ BITTAR, Carlos A. *Contornos Atuais do Direito de Autor*, cit., p. 224-226.

³⁸⁴ ASCENSÃO, José de O, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, cit.

Em se tratando de obras raras ou com edição esgotada, a LDA, ao proibir a cópia integral, acaba por cometer equívoco ainda maior. É sabido que obras desse porte, em sua maioria consideradas clássicas, são essenciais para a perpetuação e o aprimoramento do conhecimento. Assim, impedir a sua reprodução integral atenta contra o pleno exercício dos direitos culturais e a proteção e difusão do conhecimento e do patrimônio cultural nacional, como assegurado pelos já mencionados artigos 215 e 216, da Constituição Federal.

A Regra dos Três Passos, prevista expressamente no inciso VIII do artigo 46, da LDA, como sugere Maristela BASSO³⁸⁵, é a diretriz que deve ser empregada pelo intérprete para a definição do escopo das limitações e de sua aplicação, no caso concreto, para não causar prejuízo injustificado aos autores e titulares, bem como para que não sejam infringidas as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, uma vez que a regra tem fundamento internacional. Neste sentido, ASCENSÃO³⁸⁶:

“Porém, se não é razoável pensar em trocar o elenco taxativo por uma cláusula geral, já nos parece que aquele elenco pode ser combinado com uma cláusula geral, para ganhar maleabilidade. Essa cláusula geral encontra-se no art. 13 do Acordo ADPIC / TRIPS, que generalizou o critério adotado pelo art. 9/2 da Convenção de Berna, que respeita à reprodução apenas. Admite restrições em “casos especiais que não obstem à exploração normal da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do autor”.

Não há nada que se oponha a que a ordem jurídica brasileira adite à lista de exceções esta cláusula geral, que permite com as devidas cautelas enquadrar outros casos concretos, que seria impossível prever exaustivamente na lista geral. Esta sugestão dispensa-nos de um exame individualizado das previsões atuais e das sugestões de revisão.

Ora bem: exatamente neste sentido vai o Projeto de Revisão. Inclui uma cláusula em que admite outras utilizações para fins educacionais, didáticos, informáticos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo, desde que subordinados à Regra dos Três Passos.”

³⁸⁵ BASSO, Maristela, “Exceções e Limitações aos Direitos de Autor e a Observância da Regra dos Três Passos (Three Step Test)”, in PIMENTA, Eduardo Sales (coord.). *Direitos Autorais: Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 253-261.

³⁸⁶ ASCENSÃO, José de O, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, cit.

Além disso, essas medidas constituem condutas atentatórias aos direitos humanos bem como ao compromisso de desenvolvimento intelectual, firmado pelo Estado Brasileiro em inúmeros tratados, muitos deles mencionados neste trabalho. Como resultado, tem-se o descrédito e a insatisfação da sociedade com as leis vigentes.

Não é por outra razão que ganhou força o movimento pela reforma da Lei de Direitos Autorais, em que se busca através da interação entre população, sociedade civil e setores especializados, professores e estudiosos e Estado, a elaboração de conjunto de regras capaz de conceder o efetivo acesso ao conhecimento, com a regulação adequada dos produtos culturais, previsão de limitações aos direitos de autor adequadas aos fins a que essas se destinam, meios proporcionais de proteção e preservação do patrimônio cultural, e maior acessibilidade aos novos modelos digitais.

3.3.3.1. Limitações no direito norte-americano

Nos Estados Unidos, a proteção aos direitos de autor envolvendo programas de computador é destinada às obras que apresentem suporte físico, cuja linguagem possa ser traduzida por qualquer forma de expressão, com capacidade para se comunicar com outras máquinas e ser reproduzida por elas. Tais direitos de autor sobre os programas de computador concedem ao seu titular os direitos exclusivos de reprodução, controle sobre as obras derivadas, distribuição e exibição da obra.

As limitações relativas aos direitos de autor nos Estados Unidos sempre apresentaram caráter bastante restritivo aos direitos dos usuários³⁸⁷. Dentre elas, podem ser destacadas as do tipo *fair use*, que asseguram via previsão *US Copyright Act* o uso em caráter de exceção da obra protegida por direitos de autor para fins de crítica, comentário, notícia, reportagem, ensino (incluindo múltiplas cópias para uso em sala de aula), ambiente universitário de pesquisa e investigação. Para tanto, cabe aos tribunais

³⁸⁷ Neste sentido, cabe lembrar a emenda realizada no início da década de 1990 ao *US Copyright Act*, específica para programas de computador, o denominado *Computer Software Rental Amendment Act*. Por meio da alteração da seção 109, do *US Copyright Act*, e buscando desestimular a reprodução ilegal de programas alugados e de materiais disponíveis para empréstimos em bibliotecas, o que privava autores e titulares do retorno sobre o investimento na criação de novas obras, foi concedido a autores e titulares o direito de alugar a obra. Tratava-se, na realidade, de exceção à doutrina da primeira venda e, de forma reflexa, ao esgotamento dos direitos de autor. Esta emenda vigorou pelo período de cinco anos, tendo sido extinta em razão da expiração do seu prazo de vigência. NIMMER, David. *Copyright Illuminated: Refocusing the Diffuse US Statute*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p.118. Informações adicionais no relatório do governo estadunidense, intitulado *Report on Computer Software Rental Act*, publicado em 15 de setembro de 1994, disponível em <http://www.copyright.gov/reports/software_rent.html>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

considerar as seguintes premissas: (i) o fim e a natureza da utilização (se comercial ou educacional, por exemplo); (ii) a natureza da obra protegida; (iii) a quantidade e substancialidade da porção usada em relação à obra como um todo; e (iv) o impacto da utilização sobre o mercado potencial ou sobre a obra protegida.

De acordo com a seção 117 do *US Copyright Act*, será permitida a reprodução de um programa de computador apenas se (i) for realizada para fins de arquivo (por exemplo, os denominados *backups*); (ii) o agente reproduzidor for o proprietário legítimo da cópia (ou seja, ela deverá ser utilizada somente para usos pessoais); (iii) seja respeitado o caráter acessório da cópia, que ser entregue juntamente com o programa original, em caso de venda ou doação, ou destruída caso seja extinto o direito que originou o direito de reprodução³⁸⁸.

A fim de internalizar as disposições dos Acordos WPPT e WCT da OMPI, foi promulgado pelo Congresso o *Digital Millennium Copyright Act*. Bastante restritiva, referida lei reduziu de forma significativa as limitações, ao considerar legítimas as medidas que impedissem ou restringissem o acesso, por vias alternativas, a obras protegidas. As exceções se resumem a legalidade das medidas em caso de o processo de engenharia reversa constituir a única medida viável para a análise do programa e, ainda assim, mediante autorização, e dos instrumentos eletrônicos que bloqueiam o acesso à obra coletarem ou disseminarem dados e informações da pessoa que solicita o acesso à obra protegida.

³⁸⁸ (a) Making of Additional Copy or Adaptation by Owner of Copy.— Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program provided:

(1) that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner, or

(2) that such new copy or adaptation is for archival purposes only and that all archival copies are destroyed in the event that continued possession of the computer program should cease to be rightful.

(b) Lease, Sale, or Other Transfer of Additional Copy or Adaptation.— Any exact copies prepared in accordance with the provisions of this section may be leased, sold, or otherwise transferred, along with the copy from which such copies were prepared, only as part of the lease, sale, or other transfer of all rights in the program. Adaptations so prepared may be transferred only with the authorization of the copyright owner.

(c) Machine Maintenance or Repair.— Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner or lessee of a machine to make or authorize the making of a copy of a computer program if such copy is made solely by virtue of the activation of a machine that lawfully contains an authorized copy of the computer program, for purposes only of maintenance or repair of that machine, if—

(1) such new copy is used in no other manner and is destroyed immediately after the maintenance or repair is completed; and

(2) with respect to any computer program or part thereof that is not necessary for that machine to be activated, such program or part thereof is not accessed or used other than to make such new copy by virtue of the activation of the machine.

(d) Definitions.— For purposes of this section—

(1) the “maintenance” of a machine is the servicing of the machine in order to make it work in accordance with its original specifications and any changes to those specifications authorized for that machine; and

(2) the “repair” of a machine is the restoring of the machine to the state of working in accordance with its original specifications and any changes to those specifications authorized for that machine.

A Biblioteca do Congresso³⁸⁹ é o órgão responsável pela renovação das exceções a cada três anos das exceções. Atualmente, cuida das seguintes exceções aos direitos de autor:

- (1) Autorização para a reprodução de obras artísticas em DVD que tenham como objetivo a incorporação de pequenas partes de filmes em novos trabalhos com o propósito de crítica ou comentário, e desde que seja destinada aos seguintes fins:
 - (i) Educacionais, especialmente para uso por alunos e professores universitários;
 - (ii) Produção de documentários e vídeos não-comerciais.
- (2) Possibilitar o acesso a programas de computador visando à interoperabilidade entre diferentes sistemas, para permitir o acesso à rede por meio da interoperabilidade entre aparelhos de telefone sem fio;
- (3) Possibilitar o acesso a jogos eletrônicos para realização de testes que visem à investigação, correção de falhas de segurança ou verificação do grau de vulnerabilidade do sistema;
- (4) Possibilitar o acesso às obras literárias em formato *e-book*, desde que todas as edições da obra (incluindo as edições de texto digitais disponibilizados por entidades autorizadas) tenham controle de acesso que permita a habilitação a recursos de acessibilidade, como a leitura do conteúdo em voz alta ou de modos de exibição do conteúdo em formato especializado.

Ainda, há outras modalidades de usos permitidos pelo ordenamento norte-americano. Por exemplo, a cópia de um programa de computador feita pelo próprio usuário, adquirente de uma licença é aceita desde que (i) a nova cópia ou adaptação seja necessária para o uso do programa de computador licenciado em outra máquina; (ii) a cópia ou adaptação sejam para fins de arquivo, as quais deverão ser destruídas caso ocorra a extinção do direito que deu origem à autorização para as cópias.

Estas duas possibilidades foram tratadas pela Suprema Corte em dois casos, ambos relativos ao uso de engenharia reversa envolvendo programas de jogos eletrônicos. No caso

³⁸⁹ O conteúdo das exceções previstas pela lei estadunidense está disponível em <<http://www.copyright.gov/1201/2010/>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

*Sega Enterprises Inc. v. Accolade*³⁹⁰, o Tribunal realizou uma análise dos fatores listados acima, enfatizando em particular os efeitos de ordem jurídico-concorrencial sobre o valor de comercialização da obra, concluindo que os direitos de autor visam a promover as artes úteis ao invés de, necessariamente, dar prioridade ao monopólio inviolável ao produtor original de uma obra protegida. Neste caso, o tribunal considerou que, em vista da grande quantidade de jogos de videogame existentes no mercado, a cópia do programa em questão pelo usuário não prejudicaria a comercialização pelo titular, bem como os resultados obtidos com a engenharia reversa possibilitariam a inovação do programa, o que beneficiaria o próprio titular.

Conclusão similar foi obtida no caso *Atari Games Corp v Nintendo*, julgado pelo Circuito Federal de Apelações³⁹¹, em que o processo de engenharia reversa apresentava fins educacionais, já que o procedimento era parte de um programa de pesquisa que envolvia a elaboração de um artigo científico, o que por si só não constitui violação aos direitos de autor.

Em ambos os casos, como ressaltado pela respectiva corte no “caso Atari”, o processo de engenharia reversa que tenha como foco a análise de ideias não protegidas de um programa é uma exceção do tipo *fair use*, porém a reprodução do programa analisado não deve exceder o necessário para que se possa compreender os elementos não protegidos do programa. De toda forma, neste caso, a alegação de exceção *fair use* somente foi aplicada aos usuários que possuíam uma cópia autorizada do programa em questão.

Portanto, mesmo nos Estados Unidos, conhecido por ser um sistema restrito aos limites de direitos de autor, ocorre a adaptação das limitações, via entendimento jurisprudencial, e das exceções, por meio de instrumentos legislativos, ao ambiente digital. Tal fato denota a relevância das novas demandas trazidas pela sociedade e pela mudança da forma de elaboração de obras artísticas e literárias, não sendo mais possível ignorar o ambiente digital. Neste sentido, o anteprojeto de modificação da LDA, que visa alinhar essa nova realidade ao modo de proteção dos direitos de autor.

³⁹⁰ 24 U.S.P.Q. 2d 1561 (9th Cir 1992).

³⁹¹ 24 U.S.P.Q. 2d 1015 (CAFC 1992).

3.4. As principais alterações sugeridas para a modernização da legislação

Em trâmite perante a Câmara dos Deputados³⁹², o Anteprojeto que modifica a Lei de Direitos Autorais objetiva harmonizar os interesses da sociedade e dos titulares de obras protegidas, com o acesso do cidadão ao conhecimento e à cultura, garantindo a segurança jurídica dos investidores da área cultural.

O anteprojeto é dividido em dois diferentes róis de mudanças, cada qual destinado a beneficiar autor e usuário. Porém, a maior expectativa se refere aos direitos que poderão vir a ser concedidos aos usuários, especialmente no que tange à possibilidade de reprodução da obra para fins estritamente pessoais, sejam livros, arquivos de mídia ou, ainda, programa de computador.

São mudanças que beneficiariam o autor: (i) o conceito de licença passará a constar expressamente na lei; (ii) maior reconhecimento a arranjadores e orquestradores, na música, e diretores, roteiristas e compositores da trilha sonora original; (iii) prazo de proteção das obras coletivas de setenta anos a partir de sua publicação; (iv) maior fiscalização das entidades de arrecadação; e (v) criação de instância voluntária de resolução de conflitos no âmbito do Ministério da Cultura, considerando que, atualmente, os conflitos relacionados aos direitos autorais só podem ser resolvidos na justiça comum.

Por outro lado, beneficiariam os usuários: (i) o alargamento do campo de permissão para uso de obras sem necessidade de pagamento ou autorização, especialmente em se verificando a sua utilização, adaptação e reprodução para fins não comerciais (caso de produtos com finalidade didática e adaptação de obras em formato acessível para pessoas com deficiência); (ii) a permissão da reprodução, sem finalidade comercial, das obras com a última publicação esgotada e que não têm estoque disponível para venda; (iii) maior incentivo para que autores e editoras disponibilizem suas obras para reprodução por serviços reprográficos comerciais, como as copiadoras das universidades, desde que seja garantido o pagamento de uma retribuição a autores e editores.

Com relação às obras digitais, somente será permitido ao usuário fazer cópias de uso pessoal, como as cópias de segurança (*backup*), e as cópias destinadas a possibilitar a

³⁹² PL 3133/2012: Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”. Processo legislativo de tramitação ordinária, a ser analisado pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

portabilidade e interoperabilidade de arquivos digitais. Tais cópias não poderão ser bloqueadas por medidas tecnológicas de proteção aos direitos de autor, derivadas de contratos de licença do programa.

Quanto ao setor público, o Anteprojeto prevê a criação de instituições destinadas a resguardar o patrimônio histórico e cultura, responsáveis pelas reproduções necessárias à conservação, preservação e arquivamento de seu acervo e permissão do acesso a tais obras em suas redes internas de informática.

De fato, essas disposições representam um importante avanço na harmonização entre a proteção dos direitos autorais e os direitos inerentes aos usuários, bem como para coibir abusos por parte de seus titulares. Porém, não serão suficientes para abarcar todas as situações conflituosas que venham a surgir.

Uma das soluções para esse impasse consistiria em lançar mão das regras firmadas em tratados internacionais sobre a matéria, e já incorporadas pela ordem jurídica nacional. Por exemplo, poderia o legislador responsável pela redação do Anteprojeto incorporar em seu texto a Regra dos Três Passos, da CUB, e complementá-la, sem restringi-la, naquilo que considerasse adequado. A adoção de parâmetros concretos pode auxiliar na construção, ou ao menos limitação, de conceitos amplos, como a expressão “domínio público”, contribuindo para métodos mais eficientes de estímulo ao ambiente educacional.

3.5. Novos métodos educacionais: as limitações em ambiente digital

A despeito das dificuldades legislativas para que se obtenha acesso às obras para fins de difusão do conhecimento em larga escala, as instituições de ensino, especialmente aquelas subsidiadas pelo setor público, têm desenvolvido meios alternativos de acesso sem que incorram em infração aos direitos dos autores e titulares, de modo que não haja conflitos entre a exploração normal da obra e constitua utilização legítima.

A principal característica dos recursos educacionais convencionais está relacionada ao fato de que o acesso a materiais educacionais é ainda limitado por vínculos institucionais, como a matrícula em cursos ou atividades específicos, vinculados à atividade profissional. Somados a isso, tem-se os altos custos de acesso, e mesmo em se tratando de materiais educacionais da rede pública de ensino, fornecidos pelo governo, são vedadas a reutilização criativa, a cópia ou a adequação a contextos locais. Tais materiais são fixados em envelopes e acondicionados como suporte de direitos de autor, alocados em repositórios

cujo acesso é gerenciado pela editora que o comercializa. No mais, não são raros os problemas com a atualização destes materiais ou mesmo a insuficiência do material disponibilizado em bibliotecas públicas³⁹³.

Em oposição aos problemas apresentados pelo modelo tradicional de disponibilização de materiais educacionais e à lógica dos modelos didáticos tradicionais, os quais têm se mostrado limitados frente às novas necessidades do setor, especialmente após a revolução trazida pelos meios digitais, têm sido discutidas novas estratégias e modelos de acesso legítimo. Uma delas, a qual utilizaremos como sugestão de um modelo de acesso viável para os propósitos deste trabalho, é o desenvolvimento de Recursos Educacionais Abertos (REA), que constituem materiais de aprendizagem (livros, anotações de aula, atividades de aprendizagem, dentre outros) que podem ser utilizados, modificados e redistribuídos para qualquer pessoa.

O modelo de acesso desenvolvido pelos REAs representam legítimas limitações aos direitos de autor no setor educacional, haja vista deter a capacidade de aproximar-se de práticas voltadas para a sociedade do conhecimento sem que deixe de colocar o autor no centro das atenções, pois a ele cabe a escolha de quando e como disponibilizará as suas obras sem que seja preciso a mediação das editoras. Dentre as suas vantagens, constitui a maneira mais eficiente de divulgação das obras educacionais, as quais são publicadas sem restrições quanto aos direitos de autor por questões éticas ou por escolha de política pública governamental, haja vista que os materiais educacionais são considerados na posição de bens comuns e públicos, voltados ao benefício de todos, sendo dever do Estado adotar medidas para promover o amplo acesso³⁹⁴.

O projeto pioneiro foi desenvolvido pela instituição de ensino *Free Technology Academy*³⁹⁵, que tem por principais objetivos o imperativo ético de facilitar acesso universal ao conhecimento e conscientizar acerca da possibilidade de desenvolvimento de um projeto educacional que envolva o uso de softwares livres. Também podemos destacar as editoras que disponibilizam livros didáticos abertos e digitais, como a *Flat World Knowledge*³⁹⁶ e *Curriki*³⁹⁷, havendo ainda instituições que disponibilizam tanto cursos

³⁹³ SANTANA, Bianca; ROSSINI, Carolina; PRETTO, Nelson de L. *Recursos Educacionais Abertos: práticas colaborativas e políticas públicas*. São Paulo: Casa da Cultural Digital, 2012, p. 6-7.

³⁹⁴ LANE, Andy, "Widening Participation in Education through Open Educational Resources", in IYOSHI, T.; KUMAR, M.S. *Opening Up Education: the collective advancement of education through open technology, open content, and open knowledge*. Cambridge: MIT Press, 2007, p. 149-164. Disponível em <http://mitpress.mit.edu/sites/default/files/titles/content/9780262515016_Open_Access_Edition.pdf>. Acesso em 29 de novembro de 2013.

³⁹⁵ Disponível em <<http://ftacademy.org/>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

³⁹⁶ Disponível em <<http://catalog.flatworldknowledge.com/>>. Acesso em 27 de novembro de 2013

como livros didáticos digitais, como as renomadas universidades *Harvard University*³⁹⁸ e *Massachusetts Institute of Technology*³⁹⁹ (MIT). Trata-se de uma forma sustentável do uso do conhecimento, que desafia a tradicional visão de direitos de autor, bem como os argumentos estritamente econômicos para que o sistema de proteção seja protegido nestas bases.

3.5.1. Modelos Econômicos para os materiais educacionais

Por meio de um projeto de pesquisa desenvolvido pela União Europeia, denominado FLOSSmetrics⁴⁰⁰, com base nas metodologias existentes e das ferramentas desenvolvidas, foram analisados os vários projetos de programas de computador, a fim de criar uma base de dados vasta sobre os usos e as análises envolvendo *software* livre.

Em primeiro lugar, importa definir e diferenciar *software* livre dos denominados *open source*. Por *software* livre (ou *free software*) devem ser compreendidos os programas de computador que disponibilizam para o usuário o acesso ao código fonte, que poderá ser copiado, modificado, distribuído e reutilizado sem restrições. Como exemplos de programas, temos o GNU/Linux, Apache e Bind, que fizeram muito sucesso durante a década de 1990, pelo preço competitivo e pela robustez do programa em razão das revisões feitas pelos usuários⁴⁰¹.

De outro lado, conforme definição elaborada pela ONG *Open Source Initiative*, os programas de código aberto (denominados *open source*) não significam apenas o acesso ao código-fonte. Abrangem outros requisitos como a impossibilidade de impor restrições à transmissão do programa a terceiros, a autorização para modificações e a possibilidade de criação de obras derivadas, que poderão ser distribuídas em termos idênticos aos da licença original, a proibição da restrição da licença do programa a grupos determinados, a extensão dos direitos sobre a licença a quem venha a utilizar o programa, a impossibilidade de estabelecer compatibilidade entre diferentes programas visando à restrição do acesso ou

³⁹⁷ Disponível em <<http://www.curriki.org/>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

³⁹⁸ Disponível em <<http://www.extension.harvard.edu/open-learning-initiative>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

³⁹⁹ Disponível em <<http://ocw.mit.edu/index.htm>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

⁴⁰⁰ Disponível em <<http://flossmetrics.org/>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

⁴⁰¹ O'SULLIVAN, Maureen, "The pluralistic, evolutionary, quasi legal role of the GNU General Public Licence in free/libre/ open source software (FLOSS)", in *European Intellectual Property Review*, 2004, 26(8), 340-348.

condicionamento do uso a outros programas, e neutralidade da tecnologia utilizada⁴⁰². De forma geral, as licenças que atendem a definição de *software* livre também atendem à definição de código aberto, razão pela qual, em relatório elaborado em 2002, a Universidade de Maastricht sugeriu a utilização do termo “FLOSS” para se referir a ambas as licenças⁴⁰³.

Especificamente quanto aos programas destinados a fins educacionais, foram utilizados como parâmetros para aferição os seguintes elementos: o controle do programa de computador pelo titular dos direitos (modelo de *software*), a colaboração, fechada ou aberta dependendo da possibilidade de acesso ao código-fonte (modelo de desenvolvimento), e receitas, consubstanciadas nos instrumentos voltados para a geração de renda (modelo de negócio).

Há também as licenças do tipo *creative commons*, as quais, de acordo com a conceituação elaborada por Lucie GUIBAULT, oferecem um conjunto de licenças padronizadas e automatizadas que os autores podem afixar, em sua obra, para indicar as condições em que o trabalho pode ser usado⁴⁰⁴. A grande vantagem no uso destas licenças consiste em não ser mais necessário aos usuários entrar em contato com o titular dos direitos de autor para solicitar a sua autorização a cada utilização que façam da obra protegida, a fim de descobrir o que pode ou não ser feito com o trabalho. Neste sentido, a obra se encontra disponível para todos de acordo com os termos da licença escolhida.

As licenças *Creative Commons* podem ser de seis tipos:

- (i) Atribuição – o titular autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra, contornando os impedimentos previstos pelo artigo 46, II, da LDA, bem como autoriza a elaboração de obras derivadas, sendo desnecessária a autorização previsto no artigo 29 da mesma lei;

⁴⁰² Definição elaborada pela ONG Open Source Initiative. Disponível em <<http://opensource.org/osd>> . Acesso em 27 de novembro de 2013. Ver também: ROSEN, Lawrence E. *Open source licensing: software freedom and intellectual property law*. New Jersey: Prentice Hall Professional Technical Reference, 2005, p. 2-11.

⁴⁰³ GLOTT, Ruedige; KRIEGER, Bernhardt; ROBLES, Gregorio. *Free/Libre and Open Source Software: Survey and Study*. The Netherlands: International Institute of Infonomics, University of Maastricht, 2002. Disponível em <<http://www.math.unipd.it/~bellio/FLOSS%20Final%20Report%20-%20Part%204%20-%20Survey%20of%20Developers.pdf>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

⁴⁰⁴ GUIBAULT, Lucie, “Creative Commons Licences: What to do with the database right? The IT Law Community”, in SCL Forum. Vol 21, Issue 6, feb/mar 2011.

- (ii) Não a obras derivadas – o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra, contornando os impedimentos previstos pelo artigo 46, II, da LDA, porém o usuário não está autorizado a elaborar obras derivadas;
- (iii) Vedados usos comerciais – o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra, contornando os impedimentos previstos pelo artigo 46, II, da LDA, porém proíbe o uso da obra para fins comerciais, alinhando, neste ponto, com os fins das limitações previstas por essa lei;
- (iv) Compartilhamento pela mesma licença - o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra, contornando os impedimentos previstos pelo artigo 46, II, da LDA, porém, impõe a condição de que caso a obra seja utilizada para a criação de obras derivadas, será compartilhada necessariamente por licenças *Creative Commons*;
- (v) Recombinação (*sampling*) – trata-se da permissão para a recombinação de elementos da obra por meio de recursos como “mesclagem” ou “sampleamento”, levando à criação de uma nova obra, caso em que a distribuição é amplamente autorizada ao criador original; e
- (vi) CC-GPL e CC-LGPL – licença genuinamente brasileira, destinadas ao licenciamento de programas de computador, que visam a atender às necessidades brasileiras para a implantação do software livre, assegurando a aplicação de seus quatro direitos básicos, quais sejam, liberdade de acesso ao código fonte, liberdade de modificá-lo e aperfeiçoá-lo, liberdade de executar o programa e de distribuí-lo livremente⁴⁰⁵.

Com base em tais elementos, foram destacados dois principais modelos econômicos de programa de computador. O primeiro deles, totalmente gratuito, tem como fonte de geração de renda a formação, o desenvolvimento personalizado, a consultoria, a certificação e outros serviços paralelos ao uso do programa. Já o segundo, está baseado no modelos de código aberto (propriedade *add-ons* ou SugarCRM), que pode ser explorado economicamente via a concessão de licenças pelo proprietário ou via a concessão de licenças livres, também denominado duplo licenciamento. Em qualquer dos casos, é possível obter receita por meio da agregação de aplicações em uma plataforma que ateste os

⁴⁰⁵ Cf. LEMOS, Ronaldo. Direito, Cultura e Tecnologia. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 85-89. No mesmo sentido, LEMOS, Ronaldo; BRANCO JR., Sergio V. *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a nova função dos direitos autorais e as obras colaborativas*. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2796>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

melhoramentos no programa e a sua qualidade, sendo este o caso de alguns dos distribuidores GNU / Linux, Red Hat ou Novell.

Em se tratando de direitos educacionais, um modelo de software livre com capacidade para disseminar de forma eficiente o conhecimento, especialmente de serviços como aulas e orientação de alunos, métodos de avaliação e certificações pode representar uma boa opção, ainda mais para as regiões mais afastadas dos grandes centros. Quanto ao material utilizado durante o curso, a distribuição poderia se dar via cópias impressas ou material digital.

Para tratar dessas categorias de bens, em 2002, durante o Fórum Mundial sobre o Impacto da Plataforma de Cursos Abertos para o Ensino Superior em Países em Desenvolvimento (*Forum on the Impact of Open CourseWare for Higher Education in Developing Countries*), evento promovido pela UNESCO no Massachusetts Institute of Technology (MIT), surgiu a expressão “Recursos Educacionais Abertos” (REA – em inglês, *Open Educational Resources – OER*), definidos como

“(...) recursos de ensino, aprendizagem e pesquisa que estejam em domínio público, ou que tenham sido disponibilizados com uma licença de propriedade intelectual que permita seu uso e adaptação por terceiros.”⁴⁰⁶

Assim, para esta categoria de materiais educacionais, a concessão de licenças abertas constitui requisito essencial para que a caracterização deste tipo. Assim, conforme ressaltado por BUTCHER⁴⁰⁷, “o elemento chave que distingue um REA de qualquer outro recurso educacional é a sua licença. Portanto, um REA é simplesmente um recurso educacional com uma licença que facilita o seu uso – e, possivelmente, adaptação – sem necessidade de solicitar a permissão do detentor dos direitos autorais.”

3.5.2. Os recursos educacionais abertos

Em 2006, o termo foi traduzido para o português pela conhecida expressão Recursos Educacionais Abertos, e vem sendo utilizado no contexto do aumento da sua participação

⁴⁰⁶ D’ANTONI, Susan; SAVAGE, Catriona. *Open Educational Resources. Conversations in Cyberspace*. Paris: UNESCO, 2009, p. 17.

⁴⁰⁷ BUTCHER, Neil. *A Basic Guide to Open Educational Resources*. British Columbia/Paris: COL e UNESCO, 2011, p. 47-48.

no ensino e maior acesso ao conhecimento por meio da educação à distância, respeitando as características sociais e regionais de cada território, esta uma das vantagens em comparação à forma tradicional de elaboração e distribuição de material didático⁴⁰⁸.

Porém, a despeito de terem sido introduzidos na literatura acadêmica em 2006, e no mesmo período terem sido iniciadas ações para promover o seu uso enquanto meio adequado e proporcional aos interesses dos autores, titulares e usuários interessados no acesso a obras protegidas, o movimento de difusão e popularização dos REAs tem, ainda atualmente, um longo caminho a percorrer. Neste sentido, Andreia SANTOS⁴⁰⁹ destaca ser preciso que os REA tenham um impacto significativo sobre o acesso à educação, não só nas grandes cidades do país, mas igualmente em povoados remotos, bem como se espera o envolvimento dos setores público e privado de ensino (tanto de educação básica quanto de ensino superior) na discussão sobre o modo de implementação de políticas nacionais específicas relevantes para os REAs.

Por isso, o uso de REA pela rede pública de ensino tem sido discutido tanto pelo governo federal quanto pelos governos estaduais. Trata-se de efetiva aplicação das limitações aos direitos de autor no campo educacional!

O debate está estruturado em quatro eixos que, ao mesmo tempo que espelham as estruturas internas da educação tradicional, estão associados às novas oportunidades trazidas pela mudança em direção às redes digitais e disseminação e uso de novos recursos educacionais. São eles⁴¹⁰:

- (i) Acesso público a materiais educacionais em geral, por meio de uma estratégia de acesso que envolve a família e a comunidade no processo de aprendizagem;
- (ii) Ciclo econômico de produção de materiais educacionais e seu impacto no direito de aprender de cada cidadão;
- (iii) Análise dos benefícios trazidos pelos recursos educacionais abertos para as estratégias de aprendizagem, produção de recursos educacionais que levem em consideração as diversidades e os padrões regionais;

⁴⁰⁸ SANTOS, Andreia I. *Recursos Educacionais Abertos no Brasil: O Estado da Arte, Desafios e Perspectivas para o Desenvolvimento e Inovação*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil – CETIC.br, 2013, p. 22-23.

⁴⁰⁹ SANTOS, Andreia I. *Recursos Educacionais Abertos no Brasil: O Estado da Arte, Desafios e Perspectivas para o Desenvolvimento e Inovação*, cit., p. 24.

⁴¹⁰ SANTANA, Bianca; ROSSINI, Carolina; PRETTO, Nelson de L. *Recursos Educacionais Abertos: práticas colaborativas e políticas públicas*, cit., p. 10-12.

- (iv) Impacto dos recursos digitais abertos no desenvolvimento profissional continuado dos professores.

Tais medidas estão em compasso com os procedimentos adotados em âmbito internacional, e igualmente com os projetos desenvolvidos pelo Brasil em parceria com a UNESCO, como abordado pelo Capítulo 2. Assim, a implementação de políticas públicas pode ter impacto significativo não somente no processo de aprendizagem, mas também na forma de contribuição econômica do material didático no Brasil e como os direitos de autor, se não aplicados de forma balanceada, podem impactar negativamente nas políticas públicas de educação.

3.5.2.1. O Programa Nacional do Livro Didático e a Importância de Utilização dos REAs

Criado em 1985, por meio do Decreto nº 91.542, o Programa Nacional do Livro Didático (PNLD), faz parte de uma longa trajetória de políticas públicas iniciada em 1929, com a criação do Instituto Nacional do Livro. Em meados dos anos 1990, o programa foi substancialmente aperfeiçoado, com a universalização do atendimento para os alunos do ensino fundamental regular em escolas públicas e a introdução da avaliação pedagógica para assegurar a qualidade do material adquirido⁴¹¹.

A partir de 2001, os alunos com deficiências visuais passaram a receber material em Braile e, mais recentemente, com a distribuição de cartilhas, dicionários e CD-ROMs da Língua Brasileira de Sinais LIBRAS. Em paralelo, foram adotados novos formatos de acessibilidade eletrônica para deficientes visuais (Mecdaisy), além do atendimento dos alunos da rede filantrópica de educação especial. Tais medidas, a partir de 2004, foram estendidas para outros programas voltados para a educação básica, como o Programa Nacional do Livro Didático para o Ensino Médio (PNLEM) e do Programa Nacional do Livro Didático para a Alfabetização de Jovens e Adultos, hoje identificado pela sigla PNLD

⁴¹¹ *Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação*. Disponível em <<http://www.fnde.gov.br/programas/livro-didatico/livro-didatico-historico>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

EJA⁴¹². Estas ações representam nada mais que a aplicação prática dos dispositivos do artigo 208 da Constituição Federal.

Os recursos destinados à adoção destas medidas são provenientes, majoritariamente da cota federal da arrecadação do salário-educação. São utilizados pelo governo dois tipos de livros: os consumíveis, entregues aos beneficiários sem necessidade de devolução ao final do ano letivo, e os reutilizáveis, que devem ser devolvidos pelos alunos em boas condições ao final do ano, sendo conservados em uso por um período de três anos. Cada escola possui um acervo individual de materiais didáticos⁴¹³.

De acordo com dados estatísticos do Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação, estima-se para o ano de 2014 a destinação do valor de 1,1 bilhão de reais com livros didáticos. Deste valor, cerca de 390 milhões de reais serão gastos com duas das maiores editoras didáticas do país, conforme se verifica da tabela abaixo⁴¹⁴:

Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação
Programa Nacional do Livro Didático - PNLD 2014
Ensino Fundamental e Médio - Valores Negociados para Livros Impressos e Conteúdos Multimídia

EDITORA	TIRAGEM 1º ao 5º Ano	TIRAGEM 6º ao 9º Ano	TIRAGEM Ensino Médio	TIRAGEM TOTAL	MARKET SHARE	TÍTULOS ADQUIRIDOS	TIRAGEM MÉDIA	CADERNOS TIPOGRÁFICOS	RS / CADERNO	RS / EXEMPLAR	MacDaisy e LIBRAS	OBJETOS DIGITAIS	VALOR TOTAL
ÁTICA	4.981.748	9.862.091	8.701.374	23.545.213	17,08%	247	95.325	451.029.301	0,3811	7,30	1.582.572,76	6.468.165,63	179.825.557,34
SCIPIONE	2.775.356	2.506.098	1.220.055	6.501.509	4,72%	215	30.240	110.882.256	0,4455	7,59	259.294,90	5.661.638,55	55.283.609,63
MODERNA	4.602.827	16.969.705	5.567.200	27.129.732	19,68%	287	94.529	513.213.360	0,3766	7,12	1.701.515,70	16.751.179,87	211.607.432,76
RICHMOND	0	0	2.424.586	2.424.586	1,76%	12	202.049	38.988.884	0,3766	6,05	0,00	0,00	14.669.993,55
FTD	6.587.759	17.670.013	2.237.281	26.495.053	19,22%	366	72.391	460.848.950	0,3800	6,61	2.434.530,61	11.282.180,46	188.839.312,07
SARAIVA	2.561.577	10.491.356	8.843.565	21.896.498	15,88%	394	55.575	397.392.224	0,3955	7,17	608.054,37	15.609.087,78	173.287.433,24
SM	1.488.702	5.068.388	945.253	7.502.343	5,44%	160	46.890	122.611.705	0,4355	7,11	273.008,99	6.830.797,23	60.466.803,47
UDP	0	2.922.326	0	2.922.326	2,12%	8	365.291	45.045.061	0,4355	6,71	30.728,75	0,00	19.644.978,89
DO BRASIL	1.028.441	3.843.120	917.583	5.789.144	4,20%	93	62.249	110.024.674	0,4788	9,09	242.048,78	0,00	52.885.120,25
IBEP	838.863	2.433.500	40.821	3.313.184	2,40%	142	23.332	52.716.290	0,7100	11,29	239.389,90	0,00	37.658.640,30
BASE	532.013	662.712	689.033	1.883.758	1,37%	91	20.701	24.159.713	0,7100	9,10	22.199,40	0,00	17.173.074,37
POSITIVO	1.000.779	1.020.108	188.685	2.209.572	1,60%	124	17.819	36.084.419	0,7733	12,62	125.435,85	0,00	28.017.245,75
TEXTO	314.812	1.670.744	0	1.985.556	1,44%	106	18.732	34.509.403	0,7900	13,73	320.191,41	3.228.701,64	30.808.178,82
MACMILLAN	0	0	1.942.509	1.942.509	1,41%	18	107.917	33.071.131	0,4766	8,11	0,00	0,00	15.757.349,95
ESCALA	698.519	352.964	252.196	1.303.679	0,95%	122	10.686	23.621.849	0,9200	16,67	183.563,83	655.832,10	22.571.496,78
LAFONTE	0	0	333.142	333.142	0,24%	6	55.524	4.507.862	0,9200	12,45	0,00	0,00	4.147.233,04
AJS	288	140.081	237.694	378.063	0,27%	28	13.502	8.331.804	0,9700	21,38	44.227,88	0,00	8.125.359,38
PEARSON	45.630	0	83.709	129.339	0,09%	22	5.879	1.982.850	1,0200	15,64	0,00	0,00	2.022.507,00
TERRA SUL	0	44.753	14.365	59.118	0,04%	14	4.223	880.170	1,2700	18,91	27.240,00	1.412.731,50	2.557.601,01
ZAPF	44.629	0	0	44.629	0,03%	6	7.438	721.010	1,2866	20,78	0,00	0,00	927.540,69
GRAFSET	32.595	0	0	32.595	0,02%	8	4.074	330.896	1,2700	12,89	0,00	0,00	420.017,37
SARANDI	22.977	0	0	22.977	0,02%	16	1.436	362.481	1,6600	26,19	0,00	0,00	601.717,63
DIMENSÃO	5.921	0	0	5.921	0,01%	23	257	69.730	2,1200	24,97	0,00	0,00	147.827,60
ESFERA	5.576	0	0	5.576	0,01%	2	2.788	66.918	1,4400	17,28	0,00	0,00	96.361,92
LÊ	2.036	0	0	2.036	0,001%	1	2.036	20.360	1,7500	17,50	0,00	0,00	35.630,00
TOTAL	27.571.048	75.657.959	34.629.051	137.858.058	100%	2.511	54.902	2.471.473.297	0,4255	7,63	8.094.003,13	67.990.314,76	1.127.578.022,81

⁴¹² Programa Nacional do Livro Didático para a Educação de Jovens e Adultos. Disponível em <<http://pnld.mec.gov.br/>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

⁴¹³ BRITTO, Tatiana F, “O livro didático, o mercado editorial e os sistemas de ensino apostilado”, in Centro de Estudos da Consultoria do Senado, junho/2009. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-92-o-livro-didatico-o-mercado-editorial-e-os-sistemas-de-ensino-apostilados>>. Acesso em 29 de novembro de 2013.

⁴¹⁴ Dados estatísticos disponibilizados na página do Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação, disponível em <<http://www.fnede.gov.br/programas/livro-didatico/livro-didatico-dados-estatisticos>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

Como se nota, trata-se de um mercado concentrado, cuja estrutura é resultado não somente de uma competição normal, mas pela interferência do agente governamental, uma vez que o PNDL tem como uma das fases a indicação, por professores e instituições credenciadas, de livros e coleções a serem utilizadas durante o ano letivo, demonstrando o caráter decisivo de atividades relacionadas à promoção e divulgação. Além disso, não se pode desconsiderar o alto nível de exigência técnica previsto em edital (Guia do Livro Didático), resultando na exclusão de pequenos editores.

Ainda, a fragilidade estrutural do sistema de distribuição de materiais didáticos para as escolas públicas estaria relacionada diretamente a política de direitos de autor, em que é assegurado às editoras a titularidade sobre o conteúdo do material que comercializam. Tal prerrogativa traz como resultados o aumento dos custos de distribuição, a redução do poder de negociação do governo e o aumento do preço pago pelos livros. Igualmente, perpetua muitos problemas do mercado editorial, tais como a concentração empresarial e a baixa remuneração dos autores.

Assim, ainda que bem implementada, a estrutura, da maneira como atualmente desenvolvida, possibilita a manutenção de modelo tradicional de proteção, inadequado para a adoção de novas formas de utilização das obras. Por esta razão, a utilização de instrumentos que possibilitem a atualização de material ou mesmo a elaboração de obras derivadas da obra original mediante a prévia autorização do autor ou titular, tal como sugerido pelos projetos de lei visando à implementação dos REA no ordenamento jurídico brasileiro terá como resultados a liberalização do acesso ao conhecimento e à educação, bem como a pulverização do poder econômico atualmente verificado nas mãos de algumas editoras em setores essencialmente público, em que não se pode considerar cabível ou adequado que sejam mantidas estruturas de poder econômico tal como se verifica.

Como tratado extensivamente neste trabalho, a prioridade em casos como estes deve sempre ser aquela voltada à busca da efetiva implementação dos direitos humanos, a qual passa pelo balanceamento ótimo entre os interesses diversos, proposta que pode ser atingida por meio de projetos que limitam os direitos de autor sem, todavia, infringir as garantias fundamentais dos autores e titulares, sendo os REAs um ótimo exemplo.

3.5.2.2. Projetos lei e a aplicação de novas formas de promover o acesso ao conhecimento e à educação no Brasil

3.5.2.2.1. *Projeto de Lei para o Plano Nacional de Educação (PNE nº 8.035/2010)*

Trata-se de projeto de lei que cria o Plano Nacional de Educação (PNE), para vigorar de 2011 a 2020, o qual foi encaminhado pelo governo federal ao Congresso em 15 de dezembro de 2010.

Foram elaboradas dez diretrizes objetivas e vinte metas, seguidas de estratégias específicas de concretização. As metas seguem o modelo de visão sistêmica da educação estabelecido em 2007 com a criação do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE). Tanto as metas quanto as estratégias preveem iniciativas para todos os níveis, modalidades e etapas educacionais. Além disso, as garantias de acesso ao conhecimento e à educação por minorais foram asseguradas, sendo o caso de alunos com deficiência e estudantes localizados em regiões rurais.

Visando à universalização e ampliação do acesso e atendimento em todos os níveis educacionais, o PNE destaca a importância da elaboração de currículos básicos e avançados em todos os níveis de ensino e a importância da diversificação de conteúdos curriculares e prevê a correção de fluxo e o combate à defasagem idade-série. Ademais, determina a ampliação progressiva do investimento público em educação até atingir o mínimo de 7% do produto interno bruto (PIB) do país, com revisão desse percentual em 2015⁴¹⁵.

Duas propostas relativas à implementação dos REA, com alterações, constam do rol de estratégias destinadas à consecução da meta de cumprimento das médias nacionais para o IDEB (Índice de Educação Brasileira). São as seguintes:

7.6. Selecionar, certificar e divulgar tecnologias educacionais para o ensino fundamental e médio, assegurada a diversidade de métodos e propostas pedagógicas, bem como o acompanhamento dos resultados nos sistemas de ensino em que forem aplicadas.

⁴¹⁵ Ministério da Educação. Disponível em http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=16478&Itemid=1107>. Acesso em 1º de dezembro de 2013.

7.7. Fomentar o desenvolvimento de tecnologias educacionais e de inovação das práticas pedagógicas nos sistemas de ensino, que assegurem a melhoria do fluxo escolar e a aprendizagem dos estudantes.

Com a inserção destas propostas no âmbito de estratégias relativas de cumprimento das metas nacionais de educação, a utilização dos REAs passa a ser reconhecida como meio hábil para a melhoria do sistema educacional nacional.

3.5.2.2.2. *Projeto de Lei Federal nº 1.513/2011*

Apresentado pelo deputado federal Paulo Teixeira (PT) para a Câmara dos Deputados em 2 de junho de 2011, o Projeto de Lei Federal nº 1.513/2011 dispõe sobre a política de contratação e licenciamento de obras intelectuais subvencionadas pelos entes do Poder Público e pelos entes de Direito Privado sob controle acionário de entes da administração pública, bem como visa a alterar os incisos I e II, do artigo 46, da LDA⁴¹⁶, com vistas a ampliar o uso materiais educacionais, atualmente bastante restrito.

Na justificativa apresentada para a elaboração do mencionado Projeto de Lei, é esclarecido que a lei busca

“criar um limite razoável e balanceado que, ao mesmo tempo, remunere os autores pela produção de obras criativas sem delimitar demasiadamente o acesso ao conhecimento. Desta forma, esta lei vem determinar que investimentos públicos diretos, no caso de contratações pela Administração Pública, ou mesmo os indiretos, como são salários a funcionários públicos e

⁴¹⁶ Art. 9º O inciso I do artigo 46 da Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescido da alínea “e)” com a seguinte redação:

Art.46. (...)

I – (...)

“e) para fins didáticos e sem intuito de lucro:

1. as obras literárias, artísticas ou científicas, esgotadas e que não foram objeto de republicação nos últimos cinco anos;
2. as obras estrangeiras indisponíveis no mercado nacional brasileiro;
3. os livros científicos oriundos de programas de pós-graduação financiados com recursos públicos.

Art. 10. O inciso II do artigo 46 da Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 46(...)

II – a reprodução integral para fins didáticos ou não comerciais;

as isenções tributárias garantidas a toda a cadeia de valor da indústria de livros, resultem nos chamados Recursos Educacionais Abertos.”

O projeto de lei busca exatamente estabelecer uma linha que faça um balanceamento razoável entre a proteção dos autores, de um lado, e o acesso da sociedade ao conhecimento, cujo desenvolvimento por essa foi pago, de outro. Ele determina que as obras compradas ou subsidiadas pela Administração Pública devem ser licenciadas pela Administração à sociedade por meio de licenças livres.

Sob tramitação ordinária, o projeto está desde 8 de março de 2013 aguardando parecer pela Comissão de Cultura (CCULT). Como se verifica de sua redação, trata-se de medida legislativa que visa a implementar as disposições de direito internacional sobre acesso ao conhecimento e à educação, de forma que os interesses dos autores e titulares não sejam prejudicados, promovendo o balanceamento ótimo de interesses.

Este foi o primeiro de uma série de projetos legislativos propostos nos âmbito federal, estadual e municipal (em São Paulo, especificamente), sobre REAs, liderada pelo Projeto Brasileiro sobre Recursos Educacionais Abertos: Desafios e Perspectivas (Projeto REA-Br).

3.5.2.2.3. *Projeto de Lei do Estado de São Paulo n° 989/2011*

Desde 2011, está em trâmite perante a Assembleia Legislativa Estadual de São Paulo projeto de lei n° 989/2001, de 6 de outubro de 2011, da relatoria do deputado estadual Simão Padro (PT) que visa a tornar REA todo material que o governo estadual de São Paulo comprar com fim educacional⁴¹⁷. Estudos encomendados a fundações, manuais produzidos por especialistas com dinheiro público e teses produzidas nas universidades públicas ou com bolsas passariam a, obrigatoriamente, ficar disponíveis online, mediante a devida autorização do autor ou titular.

Como ressaltado na justificativa da relatoria do Projeto, trata-se de, através dos REAs, “colocar os materiais educacionais na posição de bens comuns e públicos de que todos podem e devem se beneficiar, especialmente aqueles que recebem apoio mínimo do sistema educacional atual, como adultos e pessoas portadoras de deficiência. (...) Trata-se

⁴¹⁷ PL 989/2011: institui política de disponibilização de Recursos Educacionais comprados ou desenvolvidos por subvenção da administração direta e indireta estadual.

de, na verdade, otimizar recursos públicos, um dos princípios da Administração Pública e garantir inclusão social por meio de uma educação aberta e inclusiva”.

Neste sentido, assim estabelecem os artigos 1º e 2º do Projeto que, além de conceituarem os REAs, preveem as hipóteses taxativas em que será admitida a sua implementação:

Artigo 1º - Os Recursos Educacionais desenvolvidos pela Administração Direta e Indireta Estadual deverão ser disponibilizados em sítio eletrônico destas instituições ou no Portal do Governo Estadual e licenciados para livre utilização, compreendendo a cópia, a distribuição, o download e a redistribuição, desde que observadas as seguintes condições:

I – preservação do direito de atribuição do autor;

II – utilização para fins não comerciais.

§ 1º - Para os fins desta lei, entende-se por Recursos Educacionais as obras intelectuais a serem utilizadas para fins educacionais, pedagógicos, científicos e afins, como livros didáticos, materiais didáticos, objetos educacionais multimídia, jogos educacionais, e também artigos científicos, pesquisas, teses, dissertações e outras peças acadêmicas.

§ 2º - A licença obrigatória de que trata o “caput” deste artigo compreende o **direito de criação de obras derivadas, desde que sejam licenciadas sob a mesma licença da obra original.**

Artigo 2º - **Os contratos celebrados pela Administração Estadual visando à produção de Recursos Educacionais ou à cessão de direitos de terceiros, quando necessária, nos termos da Lei Federal nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, deverão prever expressamente a obrigatoriedade de divulgação e licenciamento das obras, na forma estabelecida por esta lei.**

Parágrafo único: contratos em vigor ou editais de aquisição já lançados deverão adaptar-se ao conteúdo desta lei. (grifos nossos)

Aprovada por todas as Comissões Permanentes da referida Casa Legislativa em 2012, o projeto, porém, foi vetado pelo governador Geraldo Alckmin no início de 2013, com fundamento em suposta inconstitucionalidade. A Comissão de Constituição, Justiça e

Redação da Assembleia Legislativa está procedendo a nova votação, na qual já se verificam dois votos favoráveis à derrubada do veto apostado pelo governador.

Em entrevista concedida à Revista Fórum, de 21 de fevereiro de 2013, a coordenadora do Projeto REA-Brasil, Priscila Gonsales lamenta a decisão do governo do Estado, uma vez que se trata de medida amplamente discutida em âmbito internacional e já utilizada em outros países, como Estados Unidos ou África do Sul, como anteriormente mencionado⁴¹⁸.

3.5.2.2.4. *Projeto de Decreto Municipal de São Paulo nº 52.681/2011*

Com redação semelhante ao Projeto de Lei Estadual nº 989/2011, o Projeto de Decreto Municipal nº 52.681/2011⁴¹⁹, de 26 de setembro de 2011, trata do licenciamento obrigatório das obras intelectuais produzidas com objetivos educacionais, pedagógicos e afins, no âmbito da rede pública municipal de ensino.

Neste sentido, as obras intelectuais produzidas pela Secretaria Municipal de Educação para utilização pelas unidades da rede pública municipal de ensino, com fins educacionais, pedagógicos e afins serão disponibilizadas no sítio eletrônico da referida Secretaria e licenciadas para livre utilização, compreendendo a cópia, a distribuição e a transmissão, desde que sejam preservados os direitos do autor e do titular da obra, bem como seja destinada a finalidade não educacional. Referido projeto prevê igualmente a obrigatoriedade de concessão de autorização pelo autor quando da contratação com a Administração Pública⁴²⁰.

⁴¹⁸ Entrevista intitulada “Entrevista: Coordenadora do Projeto REA-Brasil fala sobre o veto de Alckmin”, concedida para a Revista Fórum, datada de 21 de fevereiro de 2013. Disponível em <<http://revistaforum.com.br/spressosp/2013/02/recursos-educacionais-abertos-facilitam-acesso-ao-conhecimento/>>. Acesso em 1º de dezembro de 2013.

⁴¹⁹ Projeto de Decreto Municipal nº 52.681, de 26 de setembro de 2011: dispõe sobre o licenciamento obrigatório das obras intelectuais produzidas com objetivos educacionais, pedagógicos e afins, no âmbito da rede pública municipal de ensino.

⁴²⁰ GILBERTO KASSAB, Prefeito do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, CONSIDERANDO que a Secretaria Municipal de Educação é detentora dos direitos autorais sobre as obras por ela produzidas, cuja utilização por terceiros, desde que para fins não comerciais, depende de sua prévia e expressa autorização;

CAPÍTULO 4: LIMITES NA PRÁTICA

4.1. Limitações aos direitos do autor na OMC e o âmbito de aplicação da Regra dos Três Passos: *United States — Section 110(5) Copyright Act (United States - Section 110(5) of US Copyright Act)* (DS 160)

4.1.1. Resumo

Em 26 de janeiro de 1999, após a aprovação pelo Congresso estadunidense da lei *Fairness in Music Licensing Act* que passou a integrar a legislação de direitos de autor, *US Copyright Act*, a Comunidade Européia iniciou o processo de consultas perante a OMC com os Estados Unidos a fim de discutir a legalidade desta legislação em face do artigo 13 do Acordo TRIPS, relativo à Regra dos Três Passos.

Com o insucesso da fase de consulta, a Comunidade Europeia solicitou a instauração de Painel, o qual teve como objetivo específico analisar se as exceções aos direitos exclusivos dos autores, previstas na seção 110 (5), as alíneas novas A e B, incluídas no *US Copyright Act*, esavam de acordo com o artigo 13 do Acordo TRIPS. Referidas alíneas se tratavam de isenções de pagamento de taxas relativas à utilização de obras protegidas (relativas às atividades de entretenimento, como filmes e músicas, por

CONSIDERANDO a necessidade de regular, no âmbito municipal, a divulgação das obras elaboradas por aquela Secretaria, bem como as condições de seu uso e reprodução por terceiros, como medida de política pública que visa assegurar e disciplinar o acesso democrático aos conteúdos educacionais e pedagógicos de natureza pública,

D E C R E T A:

Art. 1º. As obras intelectuais produzidas pela Secretaria Municipal de Educação para utilização pelas unidades da rede pública municipal de ensino, com objetivos educacionais, pedagógicos e afins, tais como livros e materiais didáticos, orientações curriculares e manuais de orientação para o programa de alimentação escolar, deverão ser disponibilizadas no sítio eletrônico daquela Secretaria no Portal da Prefeitura do Município de São Paulo na Internet e licenciadas para livre utilização, compreendendo a cópia, a distribuição e a transmissão, observadas as seguintes condições:

I - preservação do direito de atribuição ao autor;

II - utilização para fins não comerciais.

Parágrafo único. A licença obrigatória de que trata o "caput" deste artigo compreende o direito de criação de obras derivadas, desde que sejam licenciadas sob a mesma licença da obra original.

Art. 2º. Os contratos celebrados pela Administração Municipal visando à produção das obras referidas no artigo 1º ou à cessão de direitos autorais de terceiros, quando necessária, nos termos da Lei Federal nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, deverão prever expressamente a obrigatoriedade de divulgação e licenciamento das obras, na forma estabelecida por este decreto.

Art. 3º. Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Prefeitura do Município De São Paulo, aos 26 de setembro de 2011, 458º da fundação de São Paulo.

Gilberto Kassab, Prefeito; Alexandre Alves Schneider, Secretário Municipal de Educação; Nelson Hervey Costa, Secretário do Governo Municipal. Publicado na Secretaria do Governo Municipal, em 26 de setembro de 2011.

exemplo) para fins não comerciais por (A) usuários pessoa física, no âmbito de suas casas, denominada “homestyle exception”, e (B) empresas de pequeno porte, denominada “business exception”).

4.1.2. Decisão do Painel

Em seu relatório, o Painel considerou que a Regra dos Três Passos constitui norma padrão para verificar a adequabilidade das limitações aos direitos de autor adotadas pelos ordenamentos internos dos Membros da OMC. Neste sentido, afirmou que a nova alínea B, incluída na seção 110(5) do *US Copyright Act* se tratava de infração ao artigo 13 do Acordo 13, haja vista eximir as empresas de pequeno porte do pagamento de taxas de licenciamento relativo aos atos de transmissão das obras protegidas. Com base no mesmo fundamento jurídico, porém, considerou legítima a isenção de pagamento de taxas quando o uso das obras protegidas apresentar fins não comerciais.

Nesta oportunidade, o Painel pôde analisar os passos individualmente, interpretando o significado de cada uma das expressões utilizadas pelo legislador internacional na redação do mencionado artigo 13, de modo que juntas, representam um fundamento jurídico único, cujos requisitos (ou “passos”) devem ser analisados individualmente a fim de verificar se as condições se encontram integralmente preenchidas⁴²¹.

Assim, para o Painel, a expressão “certos casos especiais” não deve ser confundida com propósitos específicos e subjetivos, adotados por cada Membro da OMC em sua ordem normativa interna, mas devem ser compreendidos como as exceções ou limitações justificadas por legítimas políticas públicas⁴²². Igualmente, por “não conflitem com a

⁴²¹ Para. 6.97. “Article 13 of the TRIPS Agreement requires that limitations and exceptions to exclusive rights (1) be confined to certain special cases, (2) do not conflict with a normal exploitation of the work, and (3) do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder. The principle of effective treaty interpretation requires us to give a distinct meaning to each of the three conditions and to avoid a reading that could reduce any of the conditions to ‘redundancy or inutility’. The three conditions apply on a cumulative basis, each being a separate and independent requirement that must be satisfied. Failure to comply with any one of the three conditions results in the Article 13 exception being disallowed. Both parties agree on the cumulative nature of the three conditions. The Panel shares their view. It may be noted at the outset that Article 13 cannot have more than a narrow or limited operation. Its tenor, consistent as it is with the provisions of Article 9(2) of the Berne Convention (1971), discloses that it was not intended to provide for exceptions or limitations except for those of a limited nature. The narrow sphere of its operation will emerge from our discussion and application of its provisions in the paragraphs which follow.”

⁴²² Parágrafo 6.111. “As regards the parties’ arguments on whether the public policy purpose of an exception is relevant, we believe that the term ‘certain special cases’ should not lightly be equated with ‘special purpose’. It is difficult to reconcile the wording of Article 13 with the proposition that an exception or

exploração normal da obra” se compreende a utilização da obra que não represente ameaça para a fruição dos direitos exclusivos pelo titular, levando em conta os desenvolvimentos tecnológicos e de mercado⁴²³. Já a expressão “não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito” está pautada na análise do potencial e nível de razoabilidade de eventuais lesões que as limitações ou exceções ao titular do direito de autor⁴²⁴.

Por fim, através de referida decisão o Painel declarou expressamente que a Regra dos Três Passos, ainda que tenha sua origem na CUB, não tem a sua aplicabilidade resumida aos direitos de autor, de modo que poderá ser utilizada para balancear os conflitos envolvendo quaisquer direitos de propriedade intelectual, mediante a aplicação dos critérios estabelecidos pelo referido artigo 13 do Acordo TRIPS.

4.1.3. Contribuição para o ordenamento jurídico

De acordo com a doutrina, um dos aspectos mais relevantes do relatório do Painel é o reconhecimento de que toda e qualquer limitação aos direitos autorais para ser considerada legal, no âmbito do sistema internacional de comércio, deverá necessariamente ser analisada pelo filtro estabelecido pela Regra dos Três Passos, incluídas as exceções previstas expressamente pela CUB. Ainda, a decisão como mérito ser a pioneira na interpretação do dispositivo pela OMC, desde o seu estabelecimento em 1967 pela revisão feita à CUB, razão pela qual foi estabelecido o entendimento de que esta interpretação deve ser seguida⁴²⁵.

limitation must be justified in terms of a legitimate public policy purpose in order to fulfill the first condition of the Article. We also recall in this respect that in interpreting other WTO rules, such as the national treatment clauses of the GATT and the GATS, the Appellate Body has rejected interpretative tests which were based on the subjective aim or objective pursued by national legislation.”

⁴²³ Para. 6.183. “We believe that an exception or limitation to an exclusive right in domestic legislation rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work (i.e., the copyright or rather the whole bundle of exclusive rights conferred by the ownership of the copyright), if uses, that in principle are covered by that right but exempted under the exception or limitation, enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right to the work (i.e., the copyright) and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains.” (grifa-se)

⁴²⁴ The crucial question is which degree or level of ‘prejudice’ may be considered as ‘unreasonable’, given that, under the third condition, a certain amount of ‘prejudice’ has to be presumed justified as ‘not unreasonable’. In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner.”

⁴²⁵ OLIVER, Jo, “Copyright in the WTO: the panel decision on Three-Step Test”, in *Columbia Journal of Law & The Arts*, 2002; ⁴²⁵ BASSO, Maristela, “Exceções e Limitações aos Direitos de Autor e a Observância da Regra dos Três Passos (Three Step Test)”, cit.

4.2. Limitações aos Direitos de Autor no Brasil: Recurso Especial nº 964.404/ES

Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

4.2.1. Resumo

Trata-se de recurso especial interposto por entidade religiosa em face do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, em que pleiteia seja declarada a anulação da cobrança do pagamento de direitos autorais relativos a representação teatral e execução musical com finalidade exclusivamente didática e de ensino, uma vez que (i) as entidades religiosas não estão enquadradas no rol taxativo do artigo 68, § 3º, da LDA; e (ii) afronta ao artigo 46, VI, da mesma lei, uma vez a situação veiculada nos autos constitui hipótese expressa de limitação aos direitos de autor.

4.2.2. Garantias fundamentais em discussão

O caso paradigma nacional tem por objetivo analisar, à luz dos dispositivos da CUB, do Acordo TRIPS e das regras relativas a direitos e garantias fundamentais, a aplicabilidade das limitações de direitos de autor, previstas nos artigos 46, 47 e 48 da LDA quando da existência de conflito entre diferentes garantias fundamentais, quais sejam, os direitos de autor e as liberdades constitucionais relativas à vida privada, intimidade, cultura e a religião. Ainda, por meio deste caso se buscou também definir se o rol de limitações previsto pela LDA seria taxativo ou exemplificativo.

4.2.3. Decisão proferida pelo tribunal

Conforme assinalado pelo STJ, em situações envolvendo o conflito entre diferentes garantias fundamentais relativas aos direitos de autor, decidir sobre o alcance das limitações a esses direitos constitui pressuposto para a consecução do resultado almejado por cada uma das partes.

Primeiramente, foi reconhecida pelo Tribunal a aplicabilidade direta e imediata dos direitos e garantias fundamentais, os quais devem ser sempre analisados à luz do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, sendo dever do Estado fazer de tudo para a sua realização.

Neste sentido, as limitações aos direitos de autor representam a valorização de tais direitos e garantias frente aos direitos de autor, constituindo o resultado da ponderação dos valores inerentes aos titulares das obras artísticas e literárias e dos respectivos usuários. Por isso, na opinião do Ministro Relator, o rol de limitações seria meramente exemplificativo, pois o entendimento contrário resultaria em violação de direito ou garantia fundamental que, no caso em análise, deveria preponderar sobre o direito de exploração do autor ou do titular sobre a obra.

No entendimento do Superior Tribunal:

“Portanto, o âmbito de proteção efetiva do direito à propriedade autoral ressaí após a consideração das limitações contidas nos arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos e garantias fundamentais, e da consideração dos próprios direitos e garantias fundamentais.

Valores como a cultura, a ciência, a intimidade, a privacidade, a família, o desenvolvimento nacional, a liberdade de imprensa, de religião e de culto devem ser considerados quando da conformação do direito à propriedade autoral.”

Todavia, o reconhecimento das limitações aos direitos de autor enquanto instrumento apto a reconhecer e promover o equilíbrio entre diferentes garantias fundamentais seria incompleto se não utilizada a Regra dos Três Passos. Esta regra, também na visão do Tribunal, constitui importante ferramenta para o balanceamento das garantias fundamentais na análise do caso concreto, em vista dos critérios objetivos que confere ao intérprete para que se chegue ao melhor resultado possível do ponto de vista normativo.

4.2.4. Contribuições da decisão para o ordenamento jurídico

A decisão judicial analisada apresenta relevância ao trazer para o direito interno uma nova forma de interpretação dos direitos de autor, fundamentada na análise destes direitos à luz das garantias fundamentais, discussão que até então permanecia somente nos círculos acadêmicos. Além disso, cabe destacar a contribuição desta Corte Federal quanto à ampliação do âmbito de aplicação das limitações aos direitos de autor, as quais, por meio do filtro realizado pela Regra dos Três, podem ser estendidas a situações não originariamente previstas pelo artigo 46 da LDA, cujo rol passa a ser considerado meramente exemplificativo⁴²⁶.

4.3. Limitações aos Direitos de Autor no Direito Comunitário Europeu: as implicações do caso Magill - Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP) v. Comissão da União Europeia (4 C.M.L.R. 718, [1995] All E.R. (EC) 416 (1995))

4.3.1. Resumo

Trata-se de demanda pretendendo a desconstituição da decisão proferida pelo Tribunal Europeu de Primeira Instância que obrigou emissoras de TV irlandesas (Radio Telefis, Eireann e BBC) a licenciarem compulsoriamente uma lista de programação para empresa Magill TV Guide Ltd., que pretendia editar um guia semanal televisivo na Irlanda, a fim de evitar a utilização dos direitos exclusivos garantidos por lei para a prática de abuso de posição dominante.

4.3.2. Garantias fundamentais em discussão

Trata-se de um caso paradigmático para o direito da União Europeia por tratar dos limites a serem aplicados às práticas concorrenciais dos agentes econômicos, de forma que os direitos exclusivos não poderiam ser utilizados como instrumento para fundamentar práticas abusivas. O caso Magill é um precedente relevante, especialmente no que

⁴²⁶ CTS – CENTRO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE. *Direitos autorais em reforma*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011, p. 45.

concerne à aplicação do licenciamento compulsório dos direitos de autor quando da prática de abuso de posição dominante, recurso posteriormente aplicado em outros casos semelhantes, tal como verificado no caso *Microsoft v. Comissão Europeia* (C-201/04), em que se verificou situação semelhante, porém aplicada ao mercado de programas de computador.

4.3.3. Decisão proferida pelo tribunal

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça levou em consideração três principais critérios para a caracterização da existência de abuso de posição dominante, nos termos do atual artigo 82 do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Em primeiro lugar, a recusa no licenciamento dos direitos de autor pelas emissoras de TV resultaria na impossibilidade de surgimento no mercado de um novo produto (o guia da programação televisa). Além disso, não havia justificativa para a recusa, de maneira que, por fim, ao se utilizar dos direitos de autor como recurso para impedir o acesso à informação essencial daquele setor econômico, as emissoras de televisão, na realidade, tinham como objetivo excluir seus concorrentes do mercado.

Especificamente quanto às limitações aos direitos de autor, a Corte entendeu que a reprodução do conteúdo da obra protegida por si só não constituía um abuso, e que o direito do autor de impedir a reprodução da obra não seria aplicável quando, da análise casuística, fosse possível depreender que o exercício dos direitos exclusivos concedidos pelas regras de direito autoral visassem a prática de atos que caracterizassem o abuso de posição dominante pelo titular em relação ao seu mercado de atuação.

4.3.4. Contribuições da decisão para o ordenamento jurídico

Com esta decisão, restou comprovado para o ordenamento jurídico comunitário europeu que outros imperativos devem ser considerados na redefinição do âmbito de proteção dos direitos autorais além dos direitos exclusivos do autor, tais como os princípios estabelecidos pelos Tratados do referido bloco, como a livre circulação de mercadorias e a lei antitruste. Conforme destacado pela comunidade acadêmica, ao acomodar a proteção nacional dos direitos autorais com os princípios essenciais das leis da União Europeia, a

Corte de Justiça Europeia adotou uma abordagem orientada pela função da propriedade intelectual, estabelecendo que a lei antitruste pode controlar o uso de um direito exclusivo quando ele for incompatível com a sua função essencial⁴²⁷.

Neste sentido, a comunicação da Comissão Europeia, reanalisando os casos ora tratados, e em orientação aos membros quanto aos comportamentos de exclusão abusivos praticados por empresas em posição dominante e a aplicação do artigo 82 do Tratado da Comunidade Europeia⁴²⁸:

“Ao definir as suas prioridades em matéria de aplicação das regras, a Comissão parte do princípio que cada empresa, dominante ou não, deve ter o direito de escolher os seus parceiros comerciais e dispor livremente dos seus bens, Por conseguinte, a Comissão considera que intervenções na área do direito da concorrência devem ser cuidadosamente analisadas sempre que a aplicação do artigo 82º. Conduza à imposição de uma obrigação de fornecimento por parte da empresa dominante. A verdade é que a existência dessa obrigação, mesmo contra uma remuneração justa, poderá dissuadir a empresa de investir e inovar e, por conseguinte, poderá prejudicar os consumidores. O conhecimento de que poderá existir uma obrigação de fornecimento contra a sua vontade pode conduzir as empresas dominantes – ou as empresas que preveem tornar-se dominantes – a não investirem ou investirem menos na actividade em questão. Os concorrentes poderão sentir-se igualmente tentados a aproveitar os investimentos feitos pela empresa dominante em vez de serem eles os investidores. A longo prazo nenhuma destas consequências seria benéfica para os consumidores.”

Assim,

“O conceito de recusa abrange um leque alargado de práticas, como a recusa de fornecimento de produtos a clientes novos ou já existentes, a recusa de

⁴²⁷ GEIGER, Christophe, “Promoting Creativity through copyright limitations: reflections on the concept of exclusivity in copyright law”, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, vol. 12:3:515, p. 515/548; GOLDSTEIN, Paul. *International Intellectual Property Law – Cases and Materials*. New York: Thomson Foundation Express, 2008, p. 286; VINJE, Thomas C, “Magill: Its Impact on the Information Technology Industry”, in *European Intellectual Property Review*, 1992, p.397-402; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, “Derecho de Autor y Abuso de Posición Dominante en la Unión Europea. Comentario al caso “Magill TV Guide”. [Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas]”, in *Actas de derecho Industrial y Derecho de Autor 1994-95 Tomo XVI* p.331-344

⁴²⁸ Comissão Europeia. Comunicações oriundas das instituições e dos órgãos da União Europeia. Publicada no Diário Oficial da União Europeia em 24/02/2009, p. C-45/7.

licenciamento de direitos de propriedade intelectual, incluindo os casos em que é indispensável o licenciamento para fornecer informações sobre uma interface, ou a recusa de concessão de acesso a uma instalação ou a uma rede essencial.

A Comissão não considera necessário que o produto recusado já tenha sido comercializado; é suficiente que exista uma procura por parte de potenciais compradores e que se possa identificar um mercado potencial para o produto em questão. De igual forma, não é necessário a existência de uma recusa efectiva por parte da empresa dominante, sendo suficiente a existência de uma “recusa implícita”. A recusa implícita pode, por exemplo, revestir a forma de atrasos indevidos ou outras práticas que levem a uma degradação do fornecimento do produto, bem como envolvera imposição de condições não razoáveis em troca do fornecimento.”

4.4. Esgotamento dos Direitos de Autor no Direito Norte-Americano: *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.* 654 F. 3d 210

4.4.1. Resumo

Trata-se de demanda ajuizada em 2008 pelo grupo editorial de livros académicos John Wiley & Sons, Inc., contra o estudante universitário Supap Kirtsaeng, em que se discutiu os limites da aplicabilidade da doutrina da primeira venda, directamente relacionada ao princípio da exaustão dos direitos de propriedade intelectual, e em que medida pode ser utilizado como instrumento para flexibilizar a exploração dos direitos de autor pelo titular.

Kirtsaeng, estudante universitário na Tailândia, em 1997 foi seleccionado para cursar matemática na Universidade Cornell. Com a mudança de residência para outro país e o aumento dos custos com os estudos, especialmente com os livros, que tinham valores superiores àqueles estabelecidos em sua terra natal, Kirtsaeng solicitou a amigos e familiares tailandeses que comprassem a edição estrangeira em língua inglesa dos livros didáticos, local em que eram vendidos a preços mais baixos e que os enviassem para ele nos Estados Unidos. Neste país, o estudante revendia os livros a valores menores que o

estabelecido pelas editoras e, com a renda obtida, reembolsava sua família e amigos, auferindo lucro em montante considerável.

A editora de livros acadêmicos John Wiley & Sons Inc. havia autorizado a sua subsidiária na Ásia (Wiley Asia) a publicar, imprimir e vender edições estrangeiras de seus livros didáticos em língua inglesa no exterior, os quais não poderiam ser comercializadas nos Estados Unidos sem a sua permissão.

Ao tomar conhecimento do comércio paralelo de material didático realizado por Kirtsaeng, a editora ajuizou ação por violação aos direitos de autor, alegando que a importação não autorizada de Kirtsaeng e revenda de seus livros era uma infração aos seus direitos exclusivos de distribuição e importação das obras de sua titularidade, nos termos das seções § 106(3) e § 602 do *US Copyright Act*. Em defesa, o estudante alegou a legitimidade da revenda dos livros da editora em razão da permissão garantida por meio da doutrina da primeira venda, nos termos da seção § 109(a) da mesma legislação.

O Tribunal Distrital afastou os argumentos do estudante Kirtsaeng, com a justificativa de que a doutrina da primeira venda não se aplicava a bens comercializados no exterior, decidindo pela prática de infração aos direitos de autor da editora. Em sede recursal, o Segundo Circuito manteve este entendimento. Porém, a decisão proferida pela Suprema Corte alterou os rumos da discussão, dando ensejo ao surgimento de um precedente paradigmático quanto à aplicação de limitações aos direitos de autor e, em maior escala, aos direitos de propriedade intelectual.

4.4.2. Garantias fundamentais em discussão

Dentre as garantias constitucionalmente protegidas, destacam-se, além do dito de acesso à informação e ao conhecimento, o compromisso com a promoção do progresso científico e das artes, uma vez que eventual confirmação das decisões proferidas em primeira e segunda instâncias poderia causar prejuízos em larga escala a bibliotecas, museus e empresas de tecnologia dedicadas ao acesso em ambiente digital.

4.4.3. Decisão proferida pela Suprema Corte

Em 2013, a Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu a decisão proferida pelo Segundo Circuito e considerou legítima a revenda de livros acadêmicos comprados no

exterior por Kirstsaeng. Para a Suprema Corte, a doutrina da primeira venda é aplicável a produtos fabricados fora do território norte-americano, uma vez que ali está domiciliado o respectivo titular. Neste sentido, as limitações previstas pelo *US Copyright Act* se “praticadas de modo legítimo sob este título”, não estão limitadas a critérios geográficos. Pelo contrário, é aplicável a qualquer reprodução realizada legalmente em qualquer lugar, não apenas nos Estados Unidos, de acordo com a lei interna de direitos de autor⁴²⁹. Em retaliação, a editora John Wiley aumentou os preços dos livros acadêmicos, fazendo menção à derrota na demanda contra Kirstsaeng.

Na decisão da Suprema Corte foram destacados aspectos históricos e contemporâneos da norma jurídica analisada, tendo concluído a partir de tais recursos que, em nenhuma oportunidade, o Congresso não objetivou restringir geograficamente a aplicação da doutrina da primeira venda, prevista na seção 109 (a) do *US Copyright Act*. De acordo com a nova redação da seção, resta claro que o direito de exclusividade, para o titular, se encerra com a primeira venda, porém restam garantidos os seus direitos de proteção quando da reprodução legalmente legítima da obra⁴³⁰.

Pois, se fosse de modo diferente, as associações de bibliotecas, comerciantes de livros usados, empresas de tecnologia, de bens de consumo varejistas e museus, instituições relevantes para a promoção do acesso ao conhecimento e à informação, não teriam condições de prover os objetivos básicos dos direitos de autor analisados sob

⁴²⁹ Este raciocínio foi desenvolvido pelo juiz relator Stephen Breyer, que foi acompanhado por cinco juízes (Roberts, Thomas, Alito, Sotomayor, e Kagan). A juíza Elena Kagan, votou favoravelmente em separado, e foi acompanhada pelos juízes Samuel Alito, Ruth Bader Ginsburg e Anthony Kennedy. Antonin Scalia e Kagan discordaram de Alito quanto à possibilidade do Congresso alterar a lei para fortalecer a proteção de direitos autorais.

⁴³⁰ “Both historical and contemporary statutory context indicate that Congress did not have geography in mind when writing the present version of §109(a). A comparison of the language in §109(a)’s predecessor and the present provision supports this conclusion. The former version referred to those who are not owners of a copy, but mere possessors who “lawfully obtained” a copy, while the present version covers only owners of a “lawfully made” copy. This new language, including the five words at issue, makes clear that a lessee of a copy will not receive “first sale” protection but one who owns a copy will be protected, provided that the copy was “lawfully made.” A nongeographical interpretation is also supported by other provisions of the present statute. For example, the “manufacturing clause,” which limited importation of many copies printed outside the United States, was phased out in an effort to equalize treatment of copies made in America and copies made abroad. But that “equal treatment” principle is difficult to square with a geographical interpretation that would grant an American copyright holder permanent control over the American distribution chain in respect to copies printed abroad but not those printed in America. Finally, the Court normally presumes that the words “lawfully made under this title” carry the same meaning when they appear in different but related sections, and it is unlikely that Congress would have intended the consequences produced by a geographical interpretation.”

perspectiva constitucional, em particular “o Progresso da Ciência e das Artes” (art . I, § 8, cl. 8, da Constituição Federal dos Estados Unidos da América)⁴³¹.

Assim, a interpretação geográfica da doutrina da primeira venda provavelmente exigiria que as bibliotecas solicitassem nova permissão a cada livro que obtivessem por outras vias que não aquelas utilizadas pelas editoras, quando da publicação de coleções impressas no exterior. Por esta razão, para a Suprema Corte, os problemas práticos advindos de uma decisão restritiva ao acesso às obras protegidas seriam demasiadamente graves, particularmente à luz da crescente importância do comércio internacional.

Portanto, ainda que a seção 106 do US Copyright Act conceda ao titular dos direitos de autor certos “direitos exclusivos”, incluindo o “direito de distribuição de cópias(...) da obra ao público por venda ou outra forma de transmissão da titularidade” (17 USC § 106 (3)), tais direitos devem ser, todavia, considerados à luz das várias limitações aos direitos de autor previstas nas seções seguintes da referida lei, § § 107 a 122, denominadas “Limitações aos Direitos Exclusivos”, e que incluem as limitações do tipo *fair use* (§ 107), a reprodução limitada das obras para arquivos em bibliotecas (§ 108), e da doutrina da primeira venda (§ 109), abordada especificamente pela decisão.

4.4.4. Contribuições da decisão para o ordenamento jurídico

O caso em comento é considerado paradigmático tendo em vista a mudança no posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos quanto à aplicação dos limites aos direitos de autor sobre as obras protegidas, posicionamento que poderá trazer significativos reflexos para o comércio internacional envolvendo este país que, como se procurou destacar no desenvolvimento deste trabalho, possui uma postura mais restritiva e tradicional quanto à aplicação dos direitos de propriedade intelectual.

⁴³¹ “Library associations, used-book dealers, technology companies, consumer-goods retailers, and museums point to various ways in which a geographical interpretation would fail to further basic constitutional copyright objectives, in particular “promot[ing] the Progress of Science and useful Arts,” Art. I, §8, cl. 8. For example, a geographical interpretation of the first-sale doctrine would likely require libraries to obtain permission before circulating the many books in their collections that were printed overseas. Wiley counters that such problems have not occurred in the 30 years since a federal court first adopted a geographical interpretation. But the law has not been settled for so long in Wiley’s favor. The Second Circuit in this case was the first Court of Appeals to adopt a purely geographical interpretation. Reliance on the “first sale” doctrine is also deeply embedded in the practices of booksellers, libraries, museums, and retailers, who have long relied on its protection. And the fact that harm has proved limited so far may simply reflect the reluctance of copyright holders to assert geographically based resale rights. Thus, the practical problems described by petitioner and his amici are too serious, extensive, and likely to come about to be dismissed as insignificant—particularly in light of the ever-growing importance of foreign trade to America.”

CONCLUSÃO

Após o estudo do tema proposto, as conclusões sobre a forma de proteção dos direitos de autor aplicada à educação sob a óptica das regras atinentes ao comércio internacional e ao direito internacional dos direitos humanos serão apresentadas a seguir.

Verifica-se que não há consenso entre a doutrina, a legislação e a jurisprudência quanto à interpretação das regras estabelecidas. Como se procurou demonstrar, os direitos de autor evoluíram significativamente ao longo dos anos. A doutrina tradicional do *droit d'auteur*, interessada inicialmente no reconhecimento da autoria, tal como a teoria dos países de *common law* relativa aos *copyrights*, passou se preocupar com os impactos da exploração econômica dos direitos de autor no reconhecimento da paternidade pela obra e na elaboração de obras derivadas. Esta mudança, além das obras mais populares, como livros e obras de arte, alcançou as novas categorias de obras artísticas e literárias, como os programas de computador que, por sua peculiaridade, possuem regras de proteção mais flexíveis e abertas para a proteção e a exploração, sob o risco de impossibilitar a concorrência e a criatividade.

Todavia, o problema não é novo. Como visto no trabalho, ao longo da história do direito internacional da propriedade intelectual se assistiu à contraposição de interesses e expectativas entre os países atuantes nas negociações, tendo sido assinados acordos que buscavam coadunar tais intenções, sem que, contudo, o fizessem de forma efetiva. Este é caso envolvendo a assinatura da Convenção Universal sobre Direitos de Autor, quando a CUB já se encontrava consolidada na ordem internacional e se buscava implementar medidas de atendimento a direitos essenciais dos países em desenvolvimento.

Esta tentativa e as seguintes não impediram, porém, o deslocamento das discussões dos foros multilaterais para a área dos acordos bilaterais ou de livre comércio, em que se tem pouca ou nenhuma ponderação a respeito das limitações e flexibilidades ao uso de obras protegidas em situações excepcionais, não conflitivas com a exploração normal da obra e impassível de causar prejuízos aos legítimos interesses do titular. A assinatura destes acordos, rígidos quanto às regras iminentes aos direitos de autor e distorcidos quanto às flexibilidades e limitações previstas pelo Acordo TRIPS (razão da existência das denominadas regras TRIPS-*plus*, que estabelecem padrões acima do mínimo previsto pelos acordos da OMC), espelham, na realidade, a insatisfação dos países desenvolvidos com o

sistema internacional de comércio, foro no qual os países em desenvolvimento podem pleitear mudanças efetivas nas regras e negociar de acordo com uma política que também atenda a seus interesses.

Como resultado, têm-se as dificuldades de interpretar as regras de comércio internacional como um conjunto coeso, uma vez que o sistema constitui uma “colcha de retalhos”, em que, a princípio, os objetivos e as regras dos acordos internacionais parecem se contradizer. Neste sentido, as críticas realizadas aos Acordos WCT e WPPT que, de fato, refletem a redação das cláusulas dos acordos bilaterais e de livre comércio, dificultando, assim, a aplicação das flexibilidades e dos limites aos direitos de autor, quando da verificação de hipótese de promoção do interesse público e acesso à educação e conhecimento.

Dentre as interpretações possíveis para solucionar este impasse, aquela que defende a interação entre os sistemas internacionais de propriedade intelectual e de direitos humanos parece apresentar relevantes ponderações para que se alcance o equilíbrio entre interesses dos titulares e dos usuários dos direitos de autor⁴³².

Previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos de autor constituem historicamente direitos fundamentais por excelência, sendo assegurado aos autores e titulares não somente a exploração da obra, como também o reconhecimento da autoria. Igualmente, o direito à educação está presente no preâmbulo da Declaração, de modo que a sua concretização constitui meta a ser alcançada pelos Estados para a promoção dos direitos e liberdades fundamentais. Logo, ambos os direitos devem ser protegidos pelos Estados, não sendo admitido falar em preponderância de um ou outro direito, e sim sopesamento de garantias e escolha do resultado ótimo diante do caso concreto.

⁴³² Neste sentido, Christophe Geiger conclui pela necessidade de equilíbrio entre os direitos de autor e os direitos dos usuários quanto ao acesso às obras protegidas, uma vez que o direito de acesso ao conhecimento não tem por objetivo eliminar o sistema de propriedade intelectual da forma como hoje instituído, mas, ao contrário, objetiva dialogar com as regras estabelecidas e, a partir delas, determinar um modelo de interpretação adequado, em que não se privilegie somente um ou outro grupo (GEIGER, Christophe “The Future of Copyright in Europe - Striking a Fair Balance between Protection and Access to Information”, in *Intellectual Property Quarterly* 14, 1, 2010, p.1.). Cf. BARBOZA, Heloísa H (orientadora). SOUZA, Allan R. *Os Direitos Culturais e as Obras Audiovisuais Cinematográficas: entre a Proteção e o Acesso*, cit., p. 241; BASSO, Maristela, “Exceções e Limitações aos Direitos de Autor e a Observância da Regra dos Três Passos (Three Step Test)”, cit., p. 253; CARBONI, Guilherme, “Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico”, cit., p. 421; MORATO, Antonio C. “Reflexos do Acordo sobre os Direitos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS) no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Direito Autoral, Cultivares, Softwares”, in *FMU Direito*, São Paulo, v. 28, 2006, p. 106.

Assim, não somente a Declaração Universal, mas também os Pactos Internacionais, destacadamente o PIDESC, oferecem importantes diretrizes e recursos para a promoção deste balanceamento, bem como contribui para que se tenha uma visão ampliada e interdependente do sistema, em que os direitos de autor não representam uma garantia isolada do sistema de direitos humanos, mas, ao contrário, se utilizados adequadamente, podem representar importante ferramenta para a capacitação do indivíduo para a participação na sociedade por meio da educação.

Outrossim, resta comprovado que esta é uma preocupação das organizações e agências especializadas do sistema das Nações Unidas, atenta às alterações ocorridas na sociedade e às novas demandas resultantes da disseminação das obras protegidas em ambiente virtual. Neste sentido, o pioneirismo da UNESCO nas demandas envolvendo educação e acesso ao conhecimento na preocupação com as restrições causadas à educação pelos acordos bilaterais e de livre comércio, na realização de projetos envolvendo a popularização dos TICs e na adoção de normas de direitos internacional visando o comprometimento dos países signatários em adotar uma política menos restritiva ao acesso ao conhecimento e educação capaz de levar em consideração o reconhecimento dos direitos dos autores e titulares.

Nesse contexto, a aplicação da Regra dos Três Passos adquire maior funcionalidade. Ainda que o Órgão de Solução de Controvérsias no caso *United States — Section 110(5) Copyright Act (United States - Section 110(5) of US Copyright Act)* (DS 160) a tenha aplicado literal e restritivamente, ela pode ser utilizada como instrumento para a promoção de políticas públicas relacionadas a direitos de autor, visando à promoção do interesse público no caso concreto.

No mesmo diapasão, ainda de forma tímida, o princípio do esgotamento de direitos de propriedade intelectual adquire aos poucos maior perspectiva de interesse público, pois a opção dos Estados pelo regime internacional pode resultar na maior abertura do mercado interno, com a ampliação da concorrência em razão da maior oferta da obra protegida. Da mesma forma, a abertura gradual do sistema internacional para a promoção de medidas que privilegiem o fortalecimento do domínio, de modo que o direito de exploração da obra pelo autor seja autorizado dentro de um prazo razoável, a ser determinado em razão da natureza da obra, a fim de coibir abusos por parte dos titular e estimular a criatividade e o surgimento de novas obras, derivadas de produção anterior.

Tais questões constituem resoluções da Agenda para o Desenvolvimento, movimento que tem contribuído para uma nova visão dos direitos de propriedade intelectual. Ao lado da Declaração de Doha para a Saúde Pública e Desenvolvimento, a Agenda para o Desenvolvimento reconhece a importância do equilíbrio entre os interesses dos países desenvolvidos, em sua maioria produtos de obras protegidas, e em desenvolvimento, potenciais adquirentes e consumidores das obras em larga escala, e divide as responsabilidades pelos benefícios e os ônus do sistema de comércio internacional pelos seus Estados-membros a partir da perspectiva de avanço e desenvolvimento.

Como resultado, têm sido discutidos novos acordos específicos para o tema “desenvolvimento”, como o Acordo para Facilitar o Acesso às Obras Publicadas por Pessoas com Deficiência Visual e Pessoas com Deficiência na Leitura de Materiais Impressos, assinado no âmbito da OMPI. Referido acordo trata de forma inovadora as questões relativas ao acesso ao conhecimento, prevê soluções para os problemas apontados para os destinatários das regras e dialoga com as novas demandas envolvendo direitos de autor, especialmente àquelas relativas ao ambiente virtual, que ainda carece de regulamentação apropriada em âmbito internacional e interno.

Para atender ao movimento de mudança verificado no sistema internacional, o direito brasileiro está passando por uma fase de reforma. Inserido no rol de garantias da Constituição Federal, os direitos de autor têm previsão no artigo 5º. Tais direitos devem dialogar com as demais garantias fundamentais, presentes não apenas no referido artigo como ao longo de toda a Carta Magna, como liberdade de expressão, acesso à cultura, acesso à informação, dentre outras mencionadas no trabalho.

Destas, destaca-se o direito à educação, direito fundamental de segunda dimensão que constitui sistema jurídico independente, com regras e princípios próprios, que exige ações concretas pelo Estado para a difusão do conhecimento. Trata-se de um direito básico, que deve ser assegurado a todos, não podendo as limitações previstas pela LDA impedir a sua concretização com base meramente no direito econômico de exploração. Na ponderação entre os interesses econômicos do autor e os interesses voltados à concretização de políticas públicas, os últimos devem prevalecer.

A Lei De Direitos de Autor foi promulgada com o objetivo de recepcionar os padrões mínimos de proteção estabelecidos pelo Acordo TRIPS. Uma das mais importantes reivindicações de alteração está presente no artigo 46 da referida norma, em

que estão previstos, de forma restrita, as limitações aos direitos de autor. Ao contrário das exceções, as quais não se confere a proteção legal, as limitações restringem a exploração da obra pelo autor em caráter excepcional.

Ao contrário das limitações de tipo *fair use*, presentes no sistema de *common law*, em que o rol é exemplificativo, permitindo ao intérprete, diante da análise do concreto, identificar como limitação hipótese não expressamente prevista pela lei, a LDA estabeleceu um rol taxativo para as hipóteses em que o autor terá seus direitos patrimoniais restringidos. Se, por um lado, essa opção legislativa concede maior segurança jurídica para o titular, por outro lado, dificulta, mas não impede, a utilização pelo intérprete do método evolutivo de interpretação, já que de uma leitura literal da lei se poderia concluir que somente serão consideradas legítimas as práticas que condigam exatamente com a redação da lei, excluídas todas as demais hipóteses, mesmo que apresentem fins legítimos.

O desafio proposto pela sociedade para o legislador infraconstitucional com a reforma da LDA é árduo. Espera-se que a nova redação do mencionado artigo 46 seja sensível ao equilíbrio entre os interesses dos titulares e dos usuários, especialmente nas hipóteses que envolvem a publicação de obras em ambiente virtual, e que dialogue com as novas modalidades de licenciamento das obras, como as licenças *creative commons* e o *software* livre.

Espera-se também que a reforma traga novas possibilidades de compartilhamento de conteúdo informacional voltado à educação, seja por meio da aceitação da reprodução física e integral do material publicado, da ampla disponibilização do conteúdo pelos meios eletrônicos ou da permissão para atualização e alteração por terceiros do conteúdo do material educacional adquirido pelo Estado. Assim, medidas como os recursos educacionais abertos podem ser instrumentos de mudança na estrutura da política educacional nacional, pois além de alargar o alcance da difusão da informação, possibilitam a troca de material entre diferentes instituições de ensino e do saber, caso das escolas, universidades e bibliotecas. Trata-se do empoderamento do Estado sobre as suas políticas públicas, aliando o respeito e a proteção aos direitos do autor e aos direitos dos usuários do material adquirido.

BIBLIOGRAFIA

1. Livros

ABBOTT, Frederick M.; COTTIER, Thomas; GURRY, Francis. *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

ACCIOLY, Elizabeth. (org.). *Direito no Século XXI. Em Homenagem ao Professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008, vol. 01.

ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, Geraldo E. N., CASELLA, Paulo B. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2009. 17ª ed.

ALEXYY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL JR., Alberto do (coord.). *A OMC e o Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

_____. *A Solução de Controvérsias na OMC e a Aplicação do Direito Internacional*. São Paulo, Atlas, 2008.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 4ª. ed., 2013.

ARENDT, Hanna. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ASCARELLI, Tulio. *Teoria della Concorrenza e dei Beni Immaterialilezioni di Diritto Industrial*. Milano: Dott A. Giúffrè, 1960.

ASCENSÃO, José de O. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992.

_____. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Direito de Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AZEMA, Jean ; GALLOUX, Jean-Christophe. *Droit de la Propriété Industrielle*. Paris: Dalloz, 7ª ed., 2012.

BARBOSA, Claudio R. *Propriedade Intelectual: Introdução à Propriedade Intelectual como Informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARBOSA, Denis B. *Direito de Autor. Questões Fundamentais de Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

- _____. *Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual*. Disponível em <<http://www.nbb.com.br/pub/propriedade13.pdf>>. Acesso em 18 de novembro de 2013.
- _____. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998. vol. I e II.
- BARRAL, Weber; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Comércio Internacional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2006.
- BARRAL, Welber (org.). *Direito e Desenvolvimento: Análise da Ordem Jurídica Brasileira Sob a Ótica do Desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.
- BARROS, Suzana T. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BASSO, Maristela; BEAS, Edson; POLIDO, Fabrício. *Propriedade intelectual – Legislação e Tratados Internacionais*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- BENTLY, L; SHERMAN, B. *Intellectual Property Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- BITTAR, Carlos A. *Contornos Atuais do Direito de Autor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1992.
- _____. *Direito de Autor*. Atualizado por Eduardo C. Bittar. São Paulo: Forense Universitária, 4ª ed., 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 7ª. ed., 2004.
- BRASLAVSKY, Cecilia; HALIL, Katia (eds.). *Textbooks and Quality Learning for All: Some Lessons Learned from International Experiences*. Paris: UNESCO-IBE, 2006.
- BUTCHER, Neil. *A Basic Guide to Open Educational Resources*. British Columbia/Paris: COL e UNESCO, 2011.
- CALMELS. *De la Propriété et de la Contrefaçon des Oeuvres de l'Intelligence*. Paris : Cosse, 1856.

- CANOTILHO, José J. G.; MACHADO, Jónatas. *A Questão da Constitucionalidade das Patentes “Pipeline” à Luz da Constituição Federal Brasileira de 1988*. Coimbra: Almedina, 2008.
- CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006.
- CARVALHO, Patricia L. (org.). *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005.
- CASELLA, Paulo B. et al. (orgs.). *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Silva Soares Amicorum discipulorum liber*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CASELLA, Paulo B. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CELLI JR., Umberto. *Comércio de Serviços na OMC: Liberalização, Condições e Desafios*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CHAPMAN, Audrey. *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*. Oxford, United Kingdom: Hart Publishing, 2002.
- CHAVES, Antonio. *Direito do Autor*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- COLOMBET, Claude. *Grands Principes du Droit d’Auteur et des Droits Voisins dans le Monde*. Paris: Litec e UNESCO. – 2a., 1992.
- COMPARATO, Fabio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 6º ed., 2008.
- CORNISH, William, LLEWELYN, David e APLIN, Tanya. *Intellectual Property: Patents, Copyrights Trademarks and Allied Rights*. London: Sweet & Maxwell Limited, 7a. ed., 2009.
- CORREA, Carlos M. *Acuerdo TRIPs. Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros; PANIZZON, Marion (eds.). *Intellectual Property: Trade, Competition and Sustainable Development*. University of Michigan Press, 2003.
- CRAVEN, Matthew C.R. *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: a Perspective on Its Development*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 3ª ed., 1988, vol. I.
- CTS – CENTRO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE. *Direitos autorais em reforma*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011.

- D'ANTONI, Susan; SAVAGE, Catriona. *Open Educational Resources: Conversations in Cyberspace*. Paris: UNESCO, 2009.
- DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Sydney: Dartmouth. 1996.
- DREXL, Josef (coord.). *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*. Cheltenham, United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2008.
- DREYFUSS, Rochelle; ZIMMERMAN, Diane L. *Expanding the Boundaries of Intellectual Property – Innovation Policy for the Knowledge Society*. New York: Oxford University Press, 2004.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris, Dalloz, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio S. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 6ª ed, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manuel G. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2000, vol. I.
- FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 34ª ed., 2007.
- GASTAMBIDE, M. *Historique et Théorie de la Propriété des Auteurs*. Paris: Cosse et Marchal, 1862.
- GEIGER, Christophe. *Droit d'Auteur et Droit du Public à l'Information. Approche de Droit Comparé*. Paris: Litec, 2004.
- GERVAIS, Daniel. *The TRIPS Agreement – Drafting History and Analysis*. London: Sweet & Maxwell. 1998.
- GERVAIS, Daniel; SCHMITZ, Isabelle. *L'Accord sur les ADPIC*. Brussels: Larcier, 2010.
- GHIDINI, Gustavo; GENOVESI, Luis M. (coord.). *Intellectual Property and Market Power: ATRIP papers 2006-2007*. Buenos Aires: Eudeba, 2008.
- GLOTT, Ruedige; KRIEGER, Bernhardt; ROBLES, Gregorio. *Free/Libre and Open Source Software: Survey and Study*. The Netherlands: International Institute of Infonomics, University of Maastricht, 2002.
- GOLDSTEIN, Paul. *International Intellectual Property Law – Cases and Materials*. New York: Thomson Foundation Express, 2008.
- GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P.Brent. *International Copyright: Principles, Law and Practice*. New York: Oxford University Press, 2ª ed., 2010.

GRAHAM, Dutfield; SUNTHERSANEN, Uma. *Global Intellectual Property Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2008.

HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HELPER Laurence; AUSTIN, Graeme W. *Human Rights and Intellectual Property – Mapping the Global Interface*. New York: Cambridge University Press, 2011.

ILARDI, Alfredo; BLAKENEY, Michael. *International Encyclopaedia of Intellectual Property Treaties*. Oxford: Oxford University Press. 2004.

IYOSHI,T.; KUMAR, M.S. *Opening Up Education: the collective advancement of education through open technology, open content, and open knowledge*. Cambridge: MIT Press, 2007.

KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A (coord.). *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. United Nations Development Programme, New York: Oxford University Press, 1999.

LADAS, Stéphane P. *La Protection Internationale de la Propriété Industrielle*. Paris: E. De Boccard, 1933.

LAFER, Celso. *A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: uma Visão Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LANDES, William M.; POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press. 2003.

LEMONS, Ronaldo. *Direito, Cultura e Tecnologia*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

LEMONS, Ronaldo; BRANCO JR., Sergio V. *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a Nova Função dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas*. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2796>>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

LIPSZYC, Délia. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: UNESCO e Víctor P. de Zavalía S/A, 1993.

LUCAS, Andre; LUCAS, Henri-Jacques; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*. Paris: Lexis Nexis, 4^a. ed., 2012.

MASKUS, Keith (org.). *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge Economy*. London: Edward Elgar Pub, 2005.

MASKUS, Keith E. *Intellectual Property Rights in the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 2000.

MASKUS, Keith; FINK, Carsten. *Intellectual Property and Development. Lessons from Recent Economic Research*. New York: World Bank and Oxford University Press, 2005.

MATSUSHITA, M.; Schoenbaum; THOMAS J.; Mavroidis, PETROS C. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. Oxford University Press, 2003.

MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENDAUM; Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2a. ed., 2003.

MERGES, Robert P.; MENELL, Peter S.; LEMLEY, Mark A. *Intellectual Property in the New Technological Age – Case and Statutory Supplement*. New York: Aspen Publishers, 2004.

MGBOJI, Ikechi. *Global Biopiracy: Patents, Plants, and Indigenous Knowledge*. New York: Cornell University Press, 2006.

MORAES, Maria Celina B. (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOUCHET, Carlos; RADAELI, Sigfrido. *Derechos Intelectuales sobre las Obras Literarias y Artísticas*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1948.

NASSER, Rabih Ali. *A OMC e os Países em Desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

NIMMER, David. *Copyright Illuminated: Refocusing the Diffuse US Statute*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003.

OKEDIJI, Ruth. *The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development – ICTSD, 2006.

PAESANI, Liliana M. *Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software*. São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 12ª. ed., 2011.

POLLAUD-DULLIAN, Frédéric. *Le Droit d'Auteur*. Paris : Economica, 2005.

POSNER, Richard. *Frontiers of the Legal Theory*. Cambridge/ Massachussets/London: Harvard University Press, 2004.

REBELO, Marcelo S. (coord.). *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. vol. 3.

REINBOTHE, Jorg; von LEWINSKI, Silke. *The WIPO Treaties, 1996: Commentary and Legal Analysis*. London: Butterwoods, 1996.

- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 10ª. ed., 2005.
- _____. *Direito Internacional Público*. São Paulo, Saraiva, 9ª. ed., 2002.
- RICKETSON, Sam S. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*. London: Kluwer/Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1987.
- RODRIGUES JR., Edson B. e POLIDO, Fabrício B. P. *Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007.
- ROSEN, Lawrence E. *Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law*. New Jersey: Prentice Hall Professional Technical Reference, 2005.
- RUGGIE, John (ed.). *Multilateralism Matters: the Theory and Praxis of Institutional Form*. New York: Columbia University Press, 1993.
- SANDERS, Christophe; KAMPERMAN, Anselm (eds.). *Intellectual Property and Free Trade Agreement*. Oxford/ Portland Oregon: Hart Publishing, Institute of European Studies of Macau, 2007.
- SANTANA, Bianca; ROSSINI, Carolina; PRETTO, Nelson de L. *Recursos Educacionais Abertos: práticas colaborativas e políticas públicas*. São Paulo: Casa da Cultural Digital, 2012.
- SANTOS, Andreia I. *Recursos Educacionais Abertos no Brasil: O Estado da Arte, Desafios e Perspectivas para o Desenvolvimento e Inovação*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil – CETIC.br, 2013.
- SANTOS, Manoel J. P. *A Questão da Autoral, Direitos Autorais*. São Paulo: Saraiva, 2012 (no prelo).
- SANTOS, Manuella. *Direito Autoral na Era Digital*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SHERWOOD, Robert M. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico*. Traduzido por Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.
- SILVA, José A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 36ª. ed., 2013.
- SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, programa de computador, cultivares, nome empresarial*. Barueri: Manole, 4ª ed., 2011.
- SIRINELLI, Pierre. *Propriété Littéraire et Artistique*. Paris: Dalloz, 2ª ed., 2003.
- STOLL, Peter-Tobias; BUSCHE, Jan; AREND, Katrin. *WTO – Trade-Related Aspects of*

Intellectual Property Rights. Leiden: Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, 2006.

THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2ª ed., 2001.

TREBILCOCK, Michael J., HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. Oxford/New York: Routledge, 3ª ed., 2005.

UNCTAD/ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*. London: Cambridge University Press, 2005.

VEGA GARCIA, Balmes. *Direito e Tecnologia: Regime Jurídico da Ciência, Tecnologia e Inovação*. São Paulo: LTr, 2008.

VELASCO, Manuel D. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 10ª ed., 1994.

VENOSA, Silvio S. *Direito Civil: Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 7ª ed., 2007.

VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean Michel. *Droit d'Auteur et Droits Voisins*. Paris: Dalloz, 2ª ed., 2013.

VIVANT, Michel; NAVARRO, Jean-Louis. *Code de la Propriété Intellectuelle*. Paris: NexisLexis, 2012.

WATAL, Jayashree. *Intellectual Property Rights in WTO and Developing Countries*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

2. Artigos de coletâneas, periódicos e revistas

ADEDE, A. O, “The political economy of the TRIPs agreement: origins and history of the negotiations”, in . Background paper – ICTSD, 2001. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/dlogue/2001-07-30/Adede.pdf>>. Acesso em 15 de outubro de 2013.

AKERLOFF, George, “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, in Quarterly Journal of Economics, v. 84, n. 3 (ago. 1970), p. 488 e ss..

ASCENSÃO, José de O, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, in WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. P. (orgs.). *Estudos de Direito de autor*. Florianópolis: Editora Fundação José Arthur Boiteux, 2012, p. 15.

_____, “Direito Intelectual Exclusivo e Liberdade”, in Revista da ABPI nº 59, jul/ago de 2002, p. 40.

_____, “A Função Social dos Direitos Autorais e as Limitações Legais”, in ADOLFO, Luiz G. S.; WACHOWICZ, Marcos. *Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 85.

BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. Direitos Autorais e TRIPS, 2005. Disponível em:

<http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/direitos_autorais.pdf>. Acesso em 21 de novembro de 2013.

BARRAL, Welber, “De Bretton Woods a Seattle”, in BARRAL, Welber (org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 25.

BARTON, John H., “The Future of the Intellectual Property System and Consequent Negotiation Topics”, in Views on the Future of the Intellectual Property System. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2007.

BASSO, Maristela, “Exceções e Limitações aos Direitos de Autor e a Observância da Regra dos Três Passos (Three Step Test)”, in PIMENTA, Eduardo Sales (coord.). *Direitos Autorais: Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 253.

_____. O Regime Internacional de Proteção da Propriedade Intelectual da OMC/Trips. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). *A OMC e o Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002

BERCOVICI, Gilberto, “Constituição e Política: uma relação difícil. Lua Nova”, 2004, p. 5-24. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>>. Acesso em 18 de novembro de 2013.

BESSEN, Stanley M.; RASKIND, Leo J. “The Basic Economics of Intellectual Property”, in The Journal of Economic Perspectives, vol. 5, No. 1 (winter 1991), p. 3.

BLUM, Gabriella. Bilateralism, “Multilateralism and the architecture of International Law”. in Harvard International Law Journal, v. 49, n. 2, 2008, p. 323.

BREYER, Stephen, “The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs”, in Harvard Law Review 84, 1970, (2): 281.

BRITTO, Tatiana F, “O livro didático, o mercado editorial e os sistemas de ensino apostilado”, in Centro de Estudos da Consultoria do Senado, junho/2009. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-92-o-livro-didatico-o-mercado-editorial-e-os-sistemas-de-ensino->

apostilados>. Acesso em 29 de novembro de 2013

BURELL, Robert e WEATHEARAL Kimberly. “Exporting Controversy? Reactions to the Copyright Provisions of the US-Australia Free Trade Agreement: Lessons for US Trade Policy”, in *Journal of Law, Technology and Policy*, University of Illinois, 2007, p. 259.

CALIARI, Aldo. Comércio, Investimento, Financiamento e Direitos Humanos: Avaliação e Estratégia. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, 2009

CARBONI, Guilherme, “Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico”, in CARVALHO, Patricia L. (org.). *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 421.

_____, “Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor”, in *Anais do II Congresso de Direito de autor e Interesse Público*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 88.

CHON, Margareth, “Intellectual Property “from below”: Copyright and Capability for Education”, in *UC Davis Law Review*, 2007, vol. 40, p. 803.

_____, “Copyright and Capability for Education: An Approach from Below”, in GRAHAM, Dutfield; WONG, Tzen (eds.). *Intellectual Property and Human Development: Current Trends and Future Scenarios*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Disponível em: <http://www.piipa.org/index.php?option=com_content&view=article&id=99>. Acesso em 12 de setembro de 2013.

CHRISTIE, Andrew, WALLER, Sophie, WEATHERALL, Kimberlee, “Exportando os Dispositivos da US Digital Millenium Copyright Act pelos Acordos de Livre Comércio”, in RODRIGUES JR.; Edson B. e POLIDO, Fabrício B. P. *Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007, p. 187.

COLARES, Rodrigo G, “Proteção jurídica do software: uma análise crítica dos elementos protegidos pelo Direito”, in *Revista da ABPI*, n. 105 (mar/abr 2010), p. 24.

DRAHOS, Peter, “Intellectual Property and Human Rights”, in (3) *Intellectual Property Quarterly*, 1999, p. 349.

DRAHOS, Peter. “BITs and BIPS: Bilateralism in IP”, in *Journal of Intellectual Property*, vol 4, 2001, p. 791.

DREXL, Josef. “Intellectual Property Rights as Constituent Elements of a Competition-

based Market Economy”, in GHIDINI, Gustavo; GENOVESI, Luis M (coord.). Intellectual Property and Market Power: ATRIP papers 2006-2007. Buenos Aires: Eudeba, 2008, p. 167.

DINWOODIE, Graeme; DREYFUSS, Rochelle, “Patenting Science: Protecting the Domain of Access to Knowledge”, in GUIBAULT, Lucie e HUGENHOLTZ, Paul B.B. (eds). *The Future of the Public Domain: Identifying the Commons in Information Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 193.

DWORKIN, Gerald, “Copyright, the Public Interest, and Freedom of Speech: A UK Copyright Lawyer’s Perspective”, in GRIFFITS, Jonathan; SUNTHERSANEN, Uma. Copyright and free speech : comparative and international analysis. Oxford, U.K. : Oxford University Press, 2005, p. 153.

FACHIN, Melina. G.; PIOVESAN, Flavia, “Importância, Sentido e Alcance do Direito Humano ao Desenvolvimento na Conjuntura Social Contemporânea”, in PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina G. (coords). *Direitos Humanos na Ordem Contemporânea: Proteção Nacional, Regional e Global*. Curitiba: Juruá, 2012, v. 5, p. 15.

FINK, Carsten, “Entering the jungle of intellectual property rights exhaustion and parallel importation”, in MASKUS, Keith; FINK, Carsten. *Intellectual property and development. Lessons from Recent Economic Research*. New York: World Bank and Oxford University Press, 2005, p. 171.

_____, “How stronger patent protection in India might affect the behavior or transnational pharmaceutical industries”, in Development Research Group (DECRG), World Bank Policy Research Working Paper nº 2352, Maio de 2000.

FLORY, Maurice. Mondialisation et droit international du développement. In: Revue Générale de Droit International Public, v.101. n.3, 1997, p. 609.

GEIGER, , Christophe: Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions, IIC 40, 6 (2009), 627.

_____, “L’Utilisation Jurisprudentielle des Droits Fondamentaux en Europe en Matière de `Propriété Intellectuelle : Quel apport ? Quelles perspectives?”, in GEIGER, Christophe (ed.). *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*. Paris: Litec, Collection du CEIPI, 2013, p. 193.

_____, “Copyrighting ideas? - Copyright on information technology products and its consequences for future creativity”, in International Journal of Intellectual Property Management - Special Issue on International Intellectual Property Law and the Creative

Industries 4, 1/2, 2010, p. 45.

_____, “La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle”, in *Recueil Dalloz* 9, 2010, p. 510.

_____, “Promoting Creativity through copyright limitations: reflections on the concept of exclusivity in copyright law”, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, vol. 12:3, p. 515.

_____, “Rethinking the Enforcement of IP Rights at International Level”, in: Beldiman, D. (eds.). *Access to Information and Knowledge: 21st Century Challenges in Intellectual Property and Knowledge Governance*. Cheltenham, UK/Northampton: Edward Elgar, 2013, p. 284

_____, “The Future of Copyright in Europe - Striking a Fair Balance between Protection and Access to Information”, in *Intellectual Property Quarterly* 14, 1, 2010, p. 1..

_____, “The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?”, in *IIC* 37, 6, 2006, p. 683.

_____, “Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law”, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 12, 3, 2010, p. 515.

_____, “The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society”, I UNESCO E-Copyright Bulletin, january-march, 2007. Disponível em <
http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2013.

_____, MACREZ, Franck. “What Limitations to Copyright in the Information Society? A Comment on the European Commissions Green Paper ‘Copyright in the Knowledge Economy’”, in *IIC* 40, 4, 2009, p. 412.

GERVAIS, Daniel. The internalization of intellectual property: new challenges from the very old and the very new. In: *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, v. 12, 2002, p. 929.

GOLDSTEIN, Paul, “Copyright: The Donald C. Brace Memorial Lecture”, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 38, No. 3, 1991, p. 109.

GREEN, Maria, “Drafting History of the Article 15(1)(c) of the International Covenant”, (Doc. E/C.12/2000/15). New York: International Anti-Poverty Law Centre, 2000.

Disponível

em

<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.2000.15.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2000.15.En?Opendocument)>.

Acesso em 24 de março de 2013.

GUIBAULT, Lucie, “Creative Commons Licences: What to do with the database right? The IT Law Community”, in SCL Forum. Vol 21, Issue 6, feb/mar 2011.

GUZMAN Andrew. Global Governance and the WTO. In: Harvard International Law Journal. v. 45, n. 2, 2004, p. 303.

HANDKE, Christian, STEPAN, Paul e TOWSE, Ruth, “Development of the Economics of Copyright”, in DREXL, Josef (coord.). Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law. Cheltenham, United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2008, p. 373.

HELPER, Laurence, “Regime Shifting: The TRIPS Agreement and new dynamics of International Intellectual Property Lawmaking”, in The Yale Journal of International Law, v. 29, 2004, p. 2.

HENEYMAN, Stephen P., “The Role of Textbooks n a Modern System of Education: Towards High Quality Education for All”, in BRASLAVSKY, Cecilia; HALIL, Katia (eds.). *Textbooks and Quality Learning for All: Some Lessons Learned from International Experiences*. Paris: UNESCO-IBE, 2006, p. 35.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, “Derecho de Autor y Abuso de Posición Dominante en la Unión Europea. Comentario al caso “Magill TV Guide”. [Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publicacions (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas]”, in Actas de derecho Industrial y Derecho de Autor 1994-1995 Tomo XVI p.331.

HUGENHOLTZ, Paul. B; SENFTLEBEN, Martin R., “Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities”, in University of Amsterdam Working Paper No. 2012–39, p. 201;

KAMPERMAN, Anselm. “The Development Agenda for Intellectual Property: Rational Humane Policy or ‘Modern-day Communism?’”, in SANDERS, Christophe; KAMPERMAN, Anselm (eds.). *Intellectual Property and Free Trade Agreement*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2007, Institute of European Studies of Macau, p. 3..

KINSELA, Stephan. “Against Intellectual Property”, disponível em <<http://mises.org/document/3582>>. Acesso em 3 de julho de 2013.

LANDES William M.; POSNER, Richard A, “An Economic Analysis of Copyright Law”, in Jornal of Legal Studies, The University of Chicago Press, 2005.

_____, “Indefinitely Renewable Copyright”, in John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 154, August 2002.

LANE, Andy, “Widening Participation in Education through Open Educational Resources”, in IYOSHI, T.; KUMAR, M.S. *Opening Up Education: the collective advancement of education through open technology, open content, and open knowledge*. Cambridge: MIT Press, 2007, p. 149. Disponível em <http://mitpress.mit.edu/sites/default/files/titles/content/9780262515016_Open_Access_Edition.pdf>. Acesso em 29 de novembro de 2013.

LIIVOJA, Rain, “The scope of the supremacy clause of the United Nations Charter”, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2008.

LOREN, Lidya, “Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems”, in *Journal of Intellectual Property Law*, volume 5, fall 1997, No.1.

MARTINI, Paula. BISA copyright review: Brazil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 2009.

MENELL, Peter; SCOTCHMER, Suzanne, “Intellectual Property. Law and Economics”, in POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steve. *Handbook of Law and Economics*, Forthcoming; UC Berkeley Public Law Research Paper n° 741.

MERGES, Robert, “Intellectual property rights and the new institutional economics”, in *Vanderbilt Law Review*, v. 53, n. 6; Nov 2000, ABI/INFORM Global, p. 1857.

MORAES, Maria Cecília B, “O princípio da dignidade humana”, in MORAES, Maria Celina B. (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

MORATO, Antonio C., “Reflexos do Acordo sobre os Direitos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS) no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Direito Autoral, Cultivares, Softwares”, in *FMU Direito*, São Paulo, v. 28, 2006, p. 106.

_____, “Aspectos convergentes e divergentes entre a proteção ao consumidor e aos autores e titulares de direitos conexos”, in LOTUFO, Renan; RODRIGUES, Fernando M. (org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor : conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 403.

MUKERJI, Asoke. “Developing Countries and the WTO: Issues of Implementation”. in *Journal of World Trade*, v. 34, n. 6, 2000, p. 33.

MUSUNGU, Sislule; DUTFIELD, Graham, “Multilateral agreements and TRIPS-plus

world: The World Intellectual Property Organization (WIPO)”, in TRIPs Paper Issues, 3, 2003.

ODDI, Samuel, “The Tragicomedy of the Public Domain in Intellectual Property Law”, in Hastings Communication & Entertainment Law Journal 1, vol. 23, 2002, p. 1-64.

OKEDIJI, Ruth, “Toward an International Fair Use Doctrine”, in 39 Columbia Journal of Transnational Law, 39(1):XI-76, 2000, p. 114.

_____, “Back to Bilateralism? Pedulum Swings in International Intellectual Property Protection”, in 1 Ottawa Journal of Law and Technology (2004)

_____, “The International Relations of Intellectual Property: Narratives of Developing Countries Participation in the Global Intellectual Property System”, in Singapore Journal of International and Comparative Law, v. 7, 2003, p. 315.

OLIVEIRA, Romualdo P, “O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu Restabelecimento pelo Sistema de Justiça”, in Revista Brasileira de Educação. Mai/Jun/Jul/Ago 1999, nº 11, p. 61.

OLIVER, Jo, “Copyright in the WTO: the Panel Decision on Three-Step Test”, in Columbia Journal of Law & The Arts, 2002.

O’SULLIVAN, Maureen, “The pluralistic, evolutionary, quasi legal role of the GNU General Public Licence in free/libre/open source software (FLOSS)”, in European Intellectual Property Review, 2004, 26(8), p. 340.

PARANAGUÁ MONIZ, P. The Development Agenda for WIPO: Another stillbirth? A Battle between Access to Knowledge and Enclosure, 2005. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2794/The_Development_Agenda_for_WIPO_A_Battle_Between_Access_to_Knowledge_and_Enclosure.pdf?sequence=1>. Acesso 24 de outubro de 2013.

POLIDO, Fabrício B. P., “International intellectual property law and creative industries: reshaping standards and recommendations for the future”, in Int. J. Intellectual Property Management, vol. 4, Nos. 1/2, 2010, p. 114.

_____, “Reavaliando os Métodos Clássicos do Direito Internacional Privado na interface com os direitos de propriedade intelectual – I, in Revista da ABPI nº 94, maio/junho, 2008, p.11.

_____, “Reavaliando os Métodos Clássicos do Direito Internacional Privado na interface com os direitos de propriedade intelectual – II”, in Revista da ABPI nº 95, julho/agosto, 2008, p. 51.

PRIMO BRAGA, Carlos A.; CARSTEN FINK. Reforming Intellectual Property Rights Regime: challenges for developing countries. In: Journal of International Economic Law. 1998, p.537.

PUTNAM, Robert D, “Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games”, in International Organization, v. 42, n. 3, 1988, p. 427.

RANIERI, Nina B, “Direitos Humanos e Comércio Internacional. A Tutela do Direito à Educação nas Negociações Internacionais” in YARSHELL, Flavio L.; MORAES, Mauricio Z. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 1ª ed. 2005, p. 58.

_____, “O Regime Jurídico do Direito à Educação na Constituição Brasileira de 1988”, in REBELO, Marcelo S. (coord.). *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. vol. 3.

REICHMAN, Jerome; LANGE, David, “Bargaining around the TRIPS Agreement: the Case for Ongoing Public-Private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions”, in Duke Journal of Comparative & International Law, v. 9, 1998, p. 11.

RINGER, Barbara A, “The Role of the United States in International Copyright – Past, Present and Future”, in 56 Geo. L.J. 1050, 1061-65 (1968)

SAMUELSON, Pamela, “Preserving the Positive Functions of the Public Domain in Science”, in Data Science Journal, vol.2, 2003, p. 192.

SCHNEIDER, Hans P., “La Constitución – Función y Estructura”, in SCHNEIDER, Hans P. *Democracia y Constitución*, traduzido por K.J.. Albiez e M. Saavedra. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 39.

SENFTLEBEN, Martin R., “Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test”, in International and EC Copyright Law, 113 (2004).

SILVEIRA, Newton, “Os Direitos Autorais e as Novas Tecnologias da Informação conforme a Lei 9.610/98”, in PIMENTA, Eduardo S. *Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 262.

SOARES, Guido Fernando Silva, “O tratamento da propriedade intelectual no sistema da Organização Mundial do Comércio: uma descrição geral do Acordo TRIPS”, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 19, n. 74, 1995, p. 98.

_____, “O tratamento da propriedade intelectual no sistema da organização mundial do comércio: uma descrição geral do acordo TRIPS”, in Revista de Direito Civil,

Imobiliário, Agrário Empresarial, ano 19, número 74, out/dez 1995, p. 98.

STIGLITZ, Joseph B. “Knowledge as a Public Good”, in KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A (coord.). *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st century*. New York: Oxford University Press, United Nations Development Programme, 1999, p. 308.

SUBRAMANIAN, Arvind; WATAL, Fayashree, “Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?”, in *Journal of International Economic Law*, v. 3, n.3, 2000, p. 403.

ULRICH, Hanns. “Intellectual Property, Access to Information and Antitrust: Harmony, Disharmony, and International Harmonization”, in DREYFUSS, Rochelle e ZIMMERMAN, Diane L. *Expanding the Boundaries of Intellectual Property – Innovation Policy for the Knowledge Society*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 377.

VEIGA NETO, Alfredo. “Cultura, culturas e educação”, in *Revista Brasileira de Educação*, n. 23, abr-jul, 2003, p. 5-15.

VERMA, S. K, “Exhaustion of Intellectual Property Rights and Free Trade - Article 6 of the TRIPS Agreement”, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 1998.

VIEIRA, Evaldo, “A Política e as Bases Educacionais”, in *Cadernos Cedes*, ano XXI, nº 55, novembro/2001. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5538.pdf>>. Acesso em 23 de novembro de 2013.

VINJE, Thomas C, “Magill: Its Impact on the Information Technology Industry”, in *European Intellectual Property Review*, 1992, p.397.

WACHOWICZ, Marcos, “A complexidade do domínio público relativamente ao software”. Disponível em <http://thacker.diraol.eng.br/mirrors/www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/12/texto_marcos_wachowicz_mesa7.pdf>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

WATAL, Jayashree, “Parallel Imports and IPR-based Dominant Positiuons: Where Do India’s Interest Lie?”, in COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros; PANIZZON, Marion (eds.). *Intellectual Property: Trade, Competition and Sustainable Development*. University of Michigan Press, 2003, p. 206.

YU, Peter K, “Currents and Crosscurrents in the Intellectual Property Regime”, in 38 *Loyola of Los Angeles Law Review* 323, 2004. Disponível em

<<http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol38/iss1/7>>. Acesso em 3 de junho de 2013.

YU, Peter K, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework”, in Michigan State University Legal Studies Research Paper No. 04-01.

3. Teses e Dissertações

BARBOZA, Heloísa H (orientadora). SOUZA, Allan R. *Os Direitos Culturais e as Obras Audiovisuais Cinematográficas: entre a Proteção e o Acesso*. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

_____ (orientadora). PADILHA, Alexandre G. *A Influência do Direito da Concorrência na Proteção Internacional dos Direitos de Propriedade Intelectual: Especial Referência aos Artigos 8.2 e 40 do Acordo TRIPS*. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

_____ (orientadora). POLIDO, Fabrício B. P. *Contribuições ao Estudo do Direito Internacional da Propriedade Intelectual na Era Pós-Organização Mundial do Comércio: Fronteiras da Proteção, Composição do Equilíbrio e Expansão do Domínio Público*. Tese (doutorado), 2011.

DAVIES, Gilian. *Copyright and the Public*. Tese (doutorado). Universidade de Aberystwyth, 1997.

4. Documentos oficiais e relatórios

ABBOTT, Frederick M. *Parallel Importation: Economic and Social Welfare Dimensions*. Estudo preparado para Swiss Agency for Development and Cooperation, 2007. Disponível em <<http://www.iisd.org>>. Acesso em 18 de novembro de 2013.

ARTICLE 19. *The Right to Share: Principles on Freedom of Expression and Copyright in the Digital Age*. London: Free Word Centre, 2013. Disponível em <<http://www.article19.org/data/files/medialibrary/3716/13-04-23-right-to-share-EN.pdf>>. Acesso em 18 de novembro de 2013.

CENTRE FOR COPYRIGHT STUDIES LTD. AND ALLEN CONSULTING GROUP. *Economic Perspectives On Copyright Law*. 2003.

CHEN, Ge. *Fragmentation of International Law: the Impact on Access to Knowledge in International Copyright Law*. Estudo preparado para a OMPI, Genebra, 2010. Disponível

em

<http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_topic10_1.pdf>. Acesso em 31 de outubro de 2013.

COMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy Commission on Intellectual Property Rights*. London, United Kingdom, 2002.

CONSUMERS INTERNATIONAL e IDEC. *IP Watchlist 2011*. Disponível em <<http://a2knetwork.org/sites/default/files/IPWatchlist-2011-ENG.pdf>>. Acesso em 21 de novembro de 2013.

CONSUMERS INTERNATIONAL. *Copyright and Access to Knowledge: Policy Recommendations on Flexibilities in Copyright Laws*. Kuala Lumpur: Asia Pacific Office, Consumers International, 2006.

CORREA, Carlos M. *Intellectual Property and Competition Law – Exploring Some Issues of Relevance to Developing Countries*. Estudo preparado para o ICTSD, “Issue Paper nº 21”, October, 2007.

ITU. *World Summit on Information Society. Declaration of Principles Building the Information Society: a Global Challenge in the New Millennium*, 2006. WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E.

LEVY Maurice; JOUYET Jean-Pierre. *L'économie de l'Immatériel : La Croissance de Demain*. Paris: Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, décembre 2006. Disponível em <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000880/>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2013.

MINISTÉRIO DA CULTURA. *Estudo sobre Direitos Autorais, Acesso à Cultura e Novas Tecnologias: Desafios em Evolução à Diversidade Cultural*, preparado pelo Ministério da Cultura do Brasil. Rio de Janeiro, 2006.

OGADA, Tom P. M.; O'NEIL, Glenn. *Evaluation Report of the Project on Intellectual Property, Information and Communication Technologies (ICTs), the Digital Divide and Access to Knowledge*. WIPO Committee on Development and Intellectual Property (CDIP), Tenth Session. Geneva: November 12 to 16, 2012. CDIP/10/5.

PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano – A Ascensão do Sul: o Progresso Humano em um Mundo Diversificado*, 2013.

RENS, Andrew; PRABHALA, Achal; KAWOONYA, Dick. *Intellectual Property, Education and Access to Knowledge in Southern Africa*. ICTSD, 2006.

STORY, Alan. *Study on Intellectual Property Rights, the Internet, and Copyright. Commission on Intellectual Property Rights*. CIPR, Study Paper 5, 2002. Disponível em <http://www.cipr.org.uk/papers/text/study_papers/sp5_story_study.txt>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

THE WORLD BANK. *Education: the way forward. IDA at Work*. New York, 2009.

THE WORLD BANK. KAGIA, Ruth (ed.). *Balancing the Development Agenda*. New York, 2005.

UNCTAD. *Creative Economy Report 2010*. United Nations, 2010. Disponível em <http://unctad.org/es/Docs/ditctab20103_en.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2012.

UNCTAD. *Ad Hoc Expert Meeting on Consumer Protection: Deliberations on the Revision of the United Nations guidelines for Consumer Protection*. Geneva: United Nations, 2012.

UNESCO. *First Consolidated Report to the General Conference on the Measures Taken by Member States for the Implementation of the Recommendation Concerning the Promotion and Use of Multilingualism and Universal Access to Cyberspace. 34th General Conference*. Paris, 2007. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001519/151952e.pdf>>. Acesso em 6 de novembro de 2013.

UNESCO. *Second Consolidated Report to the General Conference on the Measures Taken by Member States for the Implementation of the Recommendation Concerning the Promotion and Use of Multilingualism and Universal Access to Cyberspace. 36th General Conference*. Paris. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002108/210804e.pdf>>. Acesso em 6 de novembro de 2013.

UNESCO. *World Education Indicators (WEI) Programme, 2011*. Disponível em <<http://stats.uis.unesco.org/unesco/ReportFolders/reportFolders.aspx>>.

UNESCO. *World Information Report 1997/98*. Paris, 1998. Disponível em <http://www.unesco.org/webworld/com_inf_reports/wirenglish/chap23.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2013.

UNITED NATIONS. *Conference on International Organization. 7th meeting*. Doc WD 296, CO/102(2), 18 UNCIO 342 (New York, 1945-1955).

UNITED NATIONS. *Declaration on the Right to Development*. 4 December 1986, A/RES/41/128.

UNITED NATIONS. *Intellectual Property Rights and Human Rights Sub-Commission on Human Rights Resolution 2000/7*.

UNITED NATIONS. *The Role of Patents in the Transfer of Technology to Underdevelopment Countries*. UN Doc. A/C.2/L.565, 8 November 1961.

UNITED NATIONS. *The United Nations Development Strategy Beyond 2015. Committee for Development Policy (UNCDP)*. New York: United Nations Publication, 2012.

UNITED NATIONS. *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 17, the Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of which He or She Is the Author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant)*. U.N. Doc. E/C.12/GC/17, 2006.

US COPYRIGHT OFFICE. *Report on Computer Software Rental Act*. Publicado em 15 de setembro de 1994. Disponível em <http://www.copyright.gov/reports/software_ren.html>. Acesso em 27 de novembro de 2013.

WBU. *WBU E-BULLETIN*, vol. 6, issue 4, oct 2012.

WHO. *Global Initiative for the Elimination of Avoidable Blindness – Action Plan 2006 – 2011*. France: WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, 2007.

WIPO. *The Economics of Intellectual Property. Suggestions for further Research in Developing Countries and Countries with Economies in Transition*. 2009.

WIPO. *Diplomatic Conference on Certain Copyright And Neighboring Rights Questions - Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning The Protection Of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference*. C.RNR/DC/4, 1996.

WIPO. FICSOR, Mihály. *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO*. Geneva, WIPO, 2003.

WIPO. *Interface between Exhaustion of Intellectual Property Rights and Competition Law*. CDIP/4/4 REV./STUDY/INF/2. Geneva: WIPO Secretariat, 2011.

WIPO. *Proposal by Argentina and Brazil for the Establishment of a Development Agenda for WIPO. Thirty-First (15th Extraordinary) Session*. Geneva, September 27 to October 5, 2004. WO/GA/31/11.

WIPO. *Provisional Committee on Proposals related to a WIPO Development Agenda. Proposal For The Establishment of a Development Agenda For WIPO: a Framework for Achieving Concrete and Practical Results in the Near and Longer Terms. First Session*,

Geneva, February 20 to 24, 2006. PCDA/1/5.

WTO. *Protection of Intellectual Property Under The TRIPS Agreement*. E/C.12/2000/18, 2002.

WTO. *Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. Gatt DOC.TNC/W/FA (20 December 1991).

5. Principais sites

A2K Brasil – Access to Knowledge.

<<http://www.a2kbrasil.org.br>>

CGDEV - Center For Global Development – Global Trade and Development

<<http://www.cgdev.org>>

CPTECH – Consumer Project on Technology

<<http://www.cptech.org>>

ICTSD - International Centre for Trade and Sustainable Development.

<<http://www.ictsd.org>>

INTERNATIONAL COMMUNICATION UNION

< <http://www.itu.int/> >

IPRSONLINE –Intellectual Property Rights and Sustainable Development.

<<http://www.iprsonline.org>>

MAKE TRADE FAIR

<<http://www.maketradefair.org>>

MINISTÉRIO DA CULTURA.

<<http://www.cultura.gov.br>>

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES

<www.itamaraty.gov.br>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

<<http://www.wipo.int>>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

<www.wto.org>

OECD - Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico

<<http://www.oecd.org>>

PLANALTO

<<http://www2.planalto.gov.br/>>

SOUTH CENTRE ORGANIZATION

<<http://www.southcentre.org>> e <<http://www.ciel.org>>

UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) – Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio e Desenvolvimento

<<http://www.unctad.org>>

UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization)

< <http://www.unesco.org/new/en/>>

WORLD BANK GROUP

<<http://www.worldbank.org/>>