

ARTIGO

La Regla de los Tres Pasos: antecedentes normativos y su papel en el ordenamiento jurídico brasileño¹

Maria Rita Neiva

maria.neiva@mackenzie.br

Doutora "cum laude" em Direito pela Universidad Carlos III de Madrid (Espanha), especialista em Direito Autoral e Direito Digital, professora e pesquisadora na Universidade Presbiteriana Mackenzie, advogada.

La Regla de los Tres Pasos: antecedentes normativos y su papel en el ordenamiento jurídico brasileño

Palabras Clave

propiedad intelectual
sociedad de información
límites al derecho de autor
regla de los tres pasos

Resumen

La revolución digital, vivida desde finales del siglo XX, ha propiciado un fortalecimiento del proceso de democratización cultural, pues amplió el acceso de los usuarios a los contenidos protegidos por la propiedad intelectual. En este contexto, los límites al derecho de autor adquieren una clara relevancia jurídica una vez que son esenciales para garantizar la difusión de la cultura y de la información, al proporcionar el equilibrio entre la protección del interés del autor y el interés público de toda la sociedad. No obstante, dicho equilibrio se ve cada vez más amenazado, en la medida en que el sistema de límites previsto en las leyes de derecho de autor no es suficiente para dar amparo a las nuevas formas de utilización de obras o prestaciones protegidas generadas a partir de los cambios tecnológicos. En este contexto, la “regla de los tres pasos”, como norma de interpretación de los límites, podría funcionar como una importante herramienta para garantizar un proceso de adecuación del sistema de la propiedad intelectual a los nuevos usos y hábitos sociales. En ese sentido, el objeto del presente trabajo es analizar los antecedentes normativos de la regla y su papel en el ordenamiento jurídico brasileño.

A Regra dos Três Passos: antecedentes normativos e seu papel no ordenamento jurídico brasileiro

Palavras-Chave

propriedade intelectual
sociedade de informação
limites ao direito de autor
regra dos três passos

Resumo

A revolução digital, vivida desde o final do século XX, levou ao fortalecimento do processo de democratização da cultura, pois ampliou o acesso dos usuários aos conteúdos protegidos por direito autoral. Neste contexto, os limites ao direito autoral adquirem uma clara relevância jurídica, uma vez que são essenciais para garantir a difusão da cultura e da informação, ao proporcionar o equilíbrio entre a proteção do interesse do autor e do interesse público de toda a sociedade. No entanto, esse equilíbrio se vê cada vez mais ameaçado, na medida em que o sistema de limites previsto nas leis de direito autoral não é suficiente para amparar as novas modalidades de utilização de obras ou prestações protegidas criadas a partir dos avanços tecnológicos. Neste contexto, a “regra dos três passos”, como norma de interpretação dos limites, poderia funcionar como uma importante ferramenta para garantir um processo de adequação do sistema de direito autoral aos novos usos e hábitos sociais. Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar os antecedentes normativos da regra e seu papel no ordenamento jurídico brasileiro.

1. Introducción

“Hacer libros para ponerlos en todas las manos”², afirmó García Lorca (1997) en la conocida “Alocución al pueblo de Fuente Vaqueros”, leída con ocasión de la inauguración de una biblioteca pública en su pueblo natal. En su discurso, el poeta resaltó que, con la invención de la imprenta, “el libro deja de ser un objeto de la cultura de unos pocos para convertirse en un tremendo factor social”.

De hecho, la invención de la imprenta en el siglo XV permitió la reproducción de libros e inúmeras otras obras, facilitando su difusión y consagrando la propiedad intelectual³ como un monopolio jurídico del autor sobre su propia creación.

A partir de la imprenta, el hombre debe hacer que sus creaciones sean “puestas en todas las manos”, como sentenció García Lorca (1997), una realidad que se ha reforzado con el surgimiento de los nuevos medios de comunicación, especialmente internet.

La revolución digital ha acelerado de forma extraordinaria la difusión de las obras y prestaciones protegidas, provocando un cambio sustancial en la estructura de explotación de la propiedad intelectual y exigiendo rápidas adaptaciones y respuestas legislativas.

Efectivamente, como consecuencia de esa amplia difusión del contenido cultural, se han incorporado modificaciones significativas en las leyes de derecho de autor, en su mayoría para asegurar que autores y titulares pudiesen controlar la explotación de los bienes que integran su propiedad.

Ello se ha notado especialmente en los últimos veinte años, con la creciente regulación del derecho de autor a nivel internacional, particularmente a través del Acuerdo sobre los ADPIC⁴, de los Tratados de la OMPI de 1996, sobre Derecho de Autor (“TODA”)⁵ y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (“TOIEF”)⁶ y de la Directiva sobre Derecho de Autor en la Sociedad de Información (“DDASI”)⁷.

Como resultado de dicha tendencia,

modificaciones destinadas a la protección de los intereses de autores y titulares han sido incorporadas a las leyes nacionales paulatinamente.

Entre dichas modificaciones, la más significativa para el tema central del presente trabajo consiste en el proceso de reducción del alcance y de la fuerza normativa del sistema de límites al derecho de autor, mediante una interpretación restrictiva de los mismos⁸ que, aunque no esté expresamente prevista en los tratados internacionales aplicables, ha sido (y sigue siendo) adoptada y defendida por parte autorizada de la doctrina⁹ y jurisprudencia¹⁰.

Como corolario del principio de la interpretación restrictiva de los límites, se ha consagrado lo que internacionalmente se conoce como “three-step test” o, en la terminología más usual en castellano y adoptada a lo largo de este trabajo, la “regla de los tres pasos”, según la cual, en líneas generales, los límites deben quedar restringidos a “determinados casos especiales”, “no atender a la explotación normal de la obra”, “ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

La “regla de los tres pasos” fue introducida por primera vez en el Convenio de Berna, con ocasión de la revisión de este en el marco de la Conferencia de Estocolmo de 1967. Posteriormente, ha sido incorporada en los textos de distintos tratados internacionales sobre derecho de autor, concretamente, los ya mencionados Acuerdo sobre los ADPIC, los Tratados OMPI de 1996 y la DDASI.

Sin embargo, pese a su amplia presencia internacional desde 1967, el interés por el estudio de la “regla de los tres pasos” solamente ganó relevancia en el año 2000, con la publicación del Informe del Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”) en el ámbito del *Caso WT/DS160 (2000)*, un conflicto sobre derecho de autor suscitado entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos¹¹.

A partir de ahí, la “regla de los tres pasos” ha adquirido cierto protagonismo en la

actividad legislativa y doctrinal y, más recientemente, también en el ámbito judicial, pues como se verá en esta investigación, aunque de forma escasa, ya existen decisiones judiciales que utilizan la regla como una herramienta para la interpretación de los límites a la propiedad intelectual.

La aplicación judicial de la “regla de los tres pasos” deriva de su incorporación al derecho interno de cada país, dejando de ser únicamente un instrumento internacional de control del proceso legislativo, para ser también una norma interpretativa destinada a los jueces y tribunales nacionales.

Sin embargo, lo que se defenderá en este trabajo es que la “regla de los tres pasos” no debe servir necesariamente para restringir los límites a los derechos de autor.

Si bien es cierto que en el ámbito internacional la regla funciona como un instrumento de control de la actividad legislativa, en el ámbito interno, debería servir más bien como un marco general a la disposición de los jueces, sobre el que sería posible moverse con cierta libertad para buscar un equilibrio entre los intereses de autores y titulares, de un lado, y los intereses públicos que fundamentan la existencia de los límites, de otro.

Dicho equilibrio podría ser alcanzado a partir de una interpretación razonable de los límites, mediante la aplicación de los criterios que componen la “regla de los tres pasos”, permitiendo que el sistema tenga mayor capacidad de adaptación a los cambios económicos y culturales asociados al nuevo contexto tecnológico.

Así, el presente trabajo tiene como finalidad principal estudiar la historia de la “regla de los tres pasos” para buscar entender su sentido original y su función como norma de interpretación de los límites a los derechos de autor, reflexionando sobre su papel como instrumento para alcanzar soluciones razonables y equilibradas a los conflictos derivados de los avances tecnológicos.

Para ello, se ha partido de un análisis crítico de la aplicación de la “regla de los tres pasos” en el contexto jurídico brasileño.

La actual era digital anuncia una etapa verdaderamente inédita en la difusión de la cultura, existiendo una tendencia por “super proteger” los intereses de autores y titulares, en detrimento del interés público de acceso a la cultura.

Lo que se propone con el presente trabajo, en definitiva, es reflexionar, a través de una interpretación razonable de la “regla de los tres pasos”, sobre el sentido de los nuevos cambios en curso y las necesarias adaptaciones del sistema de límites a los derechos de autor, de tal forma que las obras intelectuales, como bien decía García Lorca (1997), sigan siendo “puestas en todas las manos”.

2. Génesis de la “regla de los tres pasos”: la Conferencia de Estocolmo de 1967 para la revisión del Convenio de Berna

La primera versión de la “regla de los tres pasos” apareció por primera vez en el sistema jurídico de la propiedad intelectual en 1967, con ocasión de la Conferencia de Estocolmo, que tenía por objeto la revisión del Convenio de Berna (en adelante, “CB”).

La Conferencia tenía como principal objetivo la consagración a nivel internacional del derecho de reproducción de los autores o titulares de obras, que, pese a no estar previsto expresamente en el Convenio, en la práctica ya era reconocido por gran parte de las legislaciones nacionales¹².

Pese a dicha laguna en el texto del Convenio, los países signatarios del CB ya habían

impuesto restricciones propias al derecho de reproducción reconocido en sus respectivas legislaciones. De ese modo, el sistema de limitaciones al derecho de reproducción variaba en gran medida según las legislaciones de los distintos países¹³.

La principal consecuencia de ello en el ámbito de Conferencia de Estocolmo consistía en que, si el CB pasase a incorporar un derecho general de reproducción, habría que cuidar para que dicha disposición no invadiese los límites ya contemplados en las legislaciones nacionales.¹⁴

La amplia variedad de limitaciones previstas en las legislaciones nacionales reflejaba la diversidad de intereses existentes en los distintos contextos. Tal hecho llevaba a la necesidad de elaboración de una disposición que atendiese a todos los objetivos.

Por un lado, dicha disposición debería salvaguardar el derecho general de reproducción frente a los efectos nocivos de una supuesta amplitud de las limitaciones nacionales. Por otro, tal disposición no debería invadir el margen de libertad que cada legislación nacional consideraba indispensable para atender a sus respectivas necesidades culturales y sociales¹⁵.

A lo largo de la Conferencia de Estocolmo, diversas propuestas de una disposición fueron presentadas por parte de las delegaciones de distintos países participantes.

En particular, algunas delegaciones proponían la formulación de una redacción más restrictiva, delineando de modo más preciso el ámbito de aplicación de las limitaciones¹⁶.

Por otra parte, las delegaciones de los países del *Common Law*, tales como Reino Unido e India, proponían, cada una a su manera, una redacción más general y amplia de la regla¹⁷.

En el caso del Reino Unido, se defendió la elaboración de una regla general que regulase los límites permitidos al derecho de reproducción. De hecho, la redacción inicial del borrador basada en tres criterios abstractos fue fruto del texto sugerido por la delegación británica.

No obstante, Reino Unido no estaba de acuerdo con el texto aprobado por el Comité de Expertos e incluido en el programa de la Conferencia, sino que defendía una redacción más abstracta y en línea con el sistema de limitaciones del *fair dealing*.

De ese modo, la delegación del Reino Unido abogó por una regla abstracta, basada en la ponderación de criterios generales¹⁸, que permitía reproducciones “*en determinados casos especiales con tal que la reproducción no sea contraria a los legítimos intereses del autor y no entre en conflicto con la explotación normal de la obra*”.

Al final de la Conferencia de Estocolmo, el Comité Principal optó por el planteamiento de una fórmula general mediante la creación de un segundo párrafo al art. 9 del Convenio que trata del derecho de reproducción, en los siguientes términos:

“Art. 9. (...)

Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor¹⁹.”

De ese modo, cabe destacar que la “regla de los tres pasos”, tal cual fue consagrada en el artículo 9.2 del Convenio, contenía un criterio bastante vago y genérico que permitía a los países miembros establecer limitaciones al derecho de reproducción.

Se trató de una transacción, suficientemente flexible como para poder abarcar todas las limitaciones contenidas en las legislaciones de los países signatarios del CB, tanto aquellas en forma de listados enumerativos de límites como aquellas derivadas de cláusulas abiertas del tipo *fair use* o *fair dealing*.

Por cierto, fue precisamente esta flexibilidad que hizo atractiva la “regla de los tres pasos” a la hora de negociar los acuerdos posteriores sobre propiedad intelectual, al tratarse de una norma con capacidad para adecuarse tanto a la legislación de los países de tradición continental, como a la de los países del *Common Law*.

En virtud de este papel relevante, la “regla de los tres pasos” quedó recogida en los distintos textos legales internacionales posteriores a su concepción inicial en el ámbito del Convenio de Berna²⁰, como es el caso del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (en adelante, “Acuerdo de los ADPIC”²¹), los Tratados OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, de 1996²² y la Directiva Europea sobre derecho de autor en la sociedad de información (DDASI)²³.

A partir de ahí, la “regla de los tres pasos” fue incorporada al ordenamiento interno de distintos países²⁴, dejando de ser el legislador el único destinatario de la regla, trasladando a los jueces y demás aplicadores del derecho, la tarea de delimitación del alcance de la regla en los distintos supuestos.

3. La “regla de los tres pasos” en el sistema de derecho de autor de Brasil

En los últimos años, la propiedad intelectual ha adquirido un papel de extrema importancia en el ámbito internacional, principalmente en virtud del desarrollo de las nuevas tecnologías de información, que han ampliado significativamente la transmisión del contenido cultural por todo el mundo.

En este contexto, la discusión respecto del papel de los límites al derecho de autor como

mecanismo de garantía del equilibrio entre los intereses de los autores, de un lado, y los del público en general, de otro, ha cobrado una importancia sin dimensiones o fronteras, siendo objeto de estudios no solamente en países del contexto europeo, sino que también en países de otros entornos, como Brasil.

Sin embargo, el derecho de autor brasileño, pese a la aparente similitud con el llamado sistema europeo-continental, presenta importantes particularidades, principalmente cuando se tiene en cuenta la compleja realidad del país derivada de las desigualdades económicas, sociales y culturales entre sus ciudadanos.

En efecto, uno de los principales retos de la sociedad brasileña en la actualidad consiste en superar la desigualdad²⁵. Una de las formas de hacerlo, en lo que se refiere al derecho de autor, consistiría en garantizar el amplio acceso del público en general al conocimiento y a la información, lo que podría lograrse, entre otras medidas, a través de un sistema de límites a los derechos de autor más flexible y adecuado al atendimento de esas necesidades sociales.

No obstante, Brasil tiene un sistema de límites muy restrictivo, lo que dificulta el acceso de sus ciudadanos a los bienes culturales y, al fin y al cabo, contribuye para agravar el escenario de desigualdad antes referido²⁶.

Además, la ley actual deja de regular límites con importante función pública, como pueden ser aquellos en beneficio de bibliotecas para fines de conservación del acervo o de investigación, o que permitan el uso de obras protegidas en el ámbito de programas de educación a distancia.

En un país como Brasil, con graves problemas y desigualdades sociales y culturales²⁷, una ley de derecho de autor con un sistema de límites extremadamente restrictivo como la LDA, contribuye para la creación de un ambiente inapropiado a la difusión de la información y la cultura a una parte sustancial de la sociedad, que cuenta con muy pocos medios para acceder a las mismas²⁸.

En efecto, la adecuación del sistema de límites al derecho de autor a la realidad socio-cultural y económica de cada país está en la esencia de la elaboración de la “regla de los tres pasos”²⁹, la cual, como se ha visto, surgió en el ámbito de la Conferencia de Estocolmo para la revisión del Convenio de Berna como un marco flexible dentro del cual las distintas legislaciones nacionales tendrían un margen de libertad para fijar los límites que mejor atendiesen a sus propias necesidades sociales, culturales y económicas.

En el contexto jurídico brasileño, la LDA tuvo como objetivo, entre otros extremos, dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por Brasil ante la OMC³⁰ a través del Acuerdo sobre los ADPIC, incluyendo la “regla de los tres pasos” prevista en su art. 13 que, en este caso, cumple una función de control de la actividad legislativa.

Ello, no obstante, la LDA no reprodujo la “regla de los tres pasos” en su texto. Más allá de esto, teniendo en cuenta el carácter extremadamente restrictivo de la ley, se puede decir que el legislador brasileño, al menos con respecto al sistema de límites, dejó de observar debidamente a los criterios de la regla prevista en el Acuerdo sobre los ADPIC, al no dar amparo a utilizaciones con fines constitucionalmente protegidos, como la educación³¹ y el acceso a la información y al conocimiento³²⁻³³.

Como consecuencia de lo anterior, actualmente, el sistema de limitaciones de la LDA no garantiza un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos de autor y aquellos de los diversos sectores de la sociedad de tener acceso legítimo, con mayor facilidad, al contenido intelectual protegido.

3.1. La “regla de los tres pasos” como norma de interpretación del derecho de autor: eficacia normativa de la regla en el ordenamiento jurídico brasileño

Como se ha dicho anteriormente, la “regla de los tres pasos” no tiene previsión expresa en la LDA brasileña. Lo que sí existe es lo que se podría llamar de una “huella” de la “regla de los tres pasos” en el art. 46, VIII de la LDA que establece que “*no constituye ofensa a los derechos de autor la reproducción, en cualesquiera obras, de pequeños fragmentos de obras preexistentes, de cualquier naturaleza, o de obra integral, cuando de artes plásticas, siempre que la reproducción en si no sea el objetivo principal de la obra nueva y que no perjudique la explotación normal de la obra reproducida ni cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los autores*”.

Cumple señalar que el referido apartado VIII del art. 46 no existía en la versión original del Proyecto de Ley nº 5430/90 (“PL 5430”), que dio origen a la actual LDA.

Realizándose un análisis de los documentos que constituyeron el proceso legislativo³⁴, se verifica que dicho apartado tuvo su origen a lo largo de los debates legislativos del PL 5430 y fue introducido en el Texto Sustitutivo de dicho proyecto de ley, preparado por la Comisión Especial del Congreso de los Diputados³⁵.

De acuerdo con las justificativas del Texto Sustitutivo presentadas en el Parecer de la Comisión Especial³⁶, la inclusión de dicho apartado tenía por objeto adecuar la nueva LDA al

texto de los tratados internacionales y, muy especialmente, a lo previsto en el Acuerdo sobre los ADPIC firmado por Brasil.³⁷

Aunque, efectivamente, se pueda reconocer la presencia de los dos pasos de la regla en dicho apartado, su aplicación limitada exclusivamente a los supuestos de reproducción de pequeños fragmentos de obras perjudica la flexibilidad inherente a regla y su aplicación a otros casos que igualmente merecerían protección.

No obstante, lo anterior, lo cierto es que la “regla de los tres pasos”, tal cual prevista internacionalmente, ha sido introducida al sistema jurídico brasileño a través del Decreto 75.699/1975 y del Decreto 1.355/1994 que han promulgado, respectivamente, el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC. Tras la promulgación vía Decreto, ambos tratados internacionales pasaron a integrar el ordenamiento jurídico brasileño con *status* de ley ordinaria, complementando el régimen jurídico de derecho de autor existente.

A la luz de la llamada doctrina de la interpretación consistente, para que se preserve el equilibrio del sistema, evitando incompatibilidades entre las normas de origen internacional y las de ámbito nacional, la aplicación de la LDA, y demás normas nacionales, deberá estar en consonancia con lo establecido en los tratados internacionales³⁸.

Según la referida doctrina:

“cuando una norma local permite distintas interpretaciones, esta deberá ser interpretada en consonancia con las obligaciones internacionales pertinentes a la materia, posibilitando una relación armónica del sistema jurídico nacional con el internacional, así como la realización plena del principio del *pacta sunt servanda* que, necesariamente, debe ser observado por todos los órganos estatales, incluso por el Poder Judicial”³⁹⁻⁴⁰.

Desde esta perspectiva, por tanto, el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC serían normas fundamentales de interpretación y aplicación de los límites a los derechos de autor consagrados en los artículos 46, 47 y 48 de la LDA⁴¹, que deben ser interpretados a la luz de los criterios generales que componen la “regla de los tres pasos” del art. 9.2 del Convenio de Berna y del art. 13 de los ADPIC⁴².

De acuerdo con Basso (2011):

“A la luz de la doctrina de la interpretación consistente, el test de los tres pasos consiste en una directriz que debe ser empleada por el operador/intérprete/aplicador de la LDA para la delimitación del objeto de las limitaciones y su aplicación, en el caso concreto, de modo a no causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los autores y empresas cuyas actuaciones sean dependientes de los derechos de autor y, por último, pero no menos importante, para no infringirse obligaciones internacionales asumidas por Brasil cuya no observancia puede sujetarlo a retaliaciones comerciales en el ámbito del Sistema de la Organización Mundial de Comercio.”⁴³⁻⁴⁴

En este mismo sentido se manifestó la jurisprudencia brasileña. En particular, el *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*⁴⁵, en un caso relativo a representación teatral para fines didácticos realizada fuera del establecimiento educativo, rechazó la aplicación del límite previsto en el art. 46, VI de la LDA⁴⁶ al considerar que la utilización de la obra teatral había violado el segundo y el tercer paso de la “regla de los tres pasos” prevista internacionalmente.

Según el Tribunal:

“(…) toda vez que uno de los pasos de la regla de los tres pasos es infringido, se puede concluir que el uso no autorizado de la obra

no está adecuado a la limitación establecida en el art. 46 de la LDA, no se incluyendo en una de las modalidades de uso para fines de interés público (*fair use*) y, por consiguiente, violando los derechos fundamentales de los autores de obtener beneficios a partir de su obra, según lo dispuesto en el art. 5º, XVII de la Constitución Federal.”⁴⁷

Así, de acuerdo con dicha decisión, aunque la “regla de los tres pasos” no se encuentre reflejada expresamente en la LDA, su aplicación es posible por fuerza de los acuerdos internacionales firmados por Brasil, pudiendo la misma ser utilizada con la finalidad de aclarar el alcance de los límites a la propiedad intelectual expresamente previstos en el ordenamiento jurídico nacional, principalmente cuando incorporen conceptos jurídicos indeterminados⁴⁸.

Otro aspecto interesante de esta sentencia es que el Tribunal, aunque haya entendido que el supuesto de hecho no se encajaba perfectamente en el límite legal del art. 46, VI de la LDA - en la medida en que el local donde se dió la comunicación pública de la obra teatral era un museo y no un establecimiento educativo tal y como prevé la LDA - consideró que el primer paso de la regla había sido observado justamente porque el propio art. 46, VI previa un “caso especial”. De esta forma, se podría entender que el Tribunal admitió la aplicación de la “regla de los tres pasos” a casos comparables a los previstos en la ley.

Así las cosas, se puede afirmar que ya se ha defendido en Brasil, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la aplicación de la “regla de los tres pasos” como “cláusula de salvaguardia” de intereses públicos constitucionalmente protegidos, como el derecho a la información y al conocimiento o el derecho a la privacidad, ante la ausencia de un límite expresamente previsto en Ley⁴⁹. De acuerdo con dicho entendimiento, la “regla de los tres pasos” se

aplicaría subsidiariamente a los límites legales, autorizando, por tanto, “*el establecimiento de excepciones por vía judicial o administrativa*”⁵⁰.

En este contexto, se debe hacer referencia a una decisión paradigmática del *Superior Tribunal de Justiça* (“STJ”), tribunal brasileño responsable por la salvaguardia de la legislación nacional infra constitucional (incluyendo los tratados internacionales ratificados por Brasil) y por la armonización de su interpretación en ámbito nacional.

El caso trata de una demanda interpuesta por la entidad religiosa MITRA ARQUIDIOCESANA DE VITÓRIA contra la entidad de gestión ECAD – *Escritorio Central de Arrecadação e Distribuição*, en relación con la recaudación de derechos en virtud de actos de ejecución pública de obras musicales en evento religioso y sin ánimo de lucro.

En su decisión, el tribunal entendió que la “regla de los tres pasos” del art. 9.2 del Convenio de Berna y del art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC sería el instrumento necesario para mediar la ponderación entre el interés del autor, como un derecho fundamental previsto constitucionalmente, y el interés público y los derechos fundamentales amparados por los límites a la propiedad intelectual, en el caso, el derecho fundamental de la libertad religiosa y de culto.

Así, para el STJ, los límites al derecho de autor enumerados entre los artículos 46 a 48 de la LDA consistirían en un listado de supuestos meramente ejemplificativo, en la medida en que dicho proceso de ponderación podría darse en casos concretos distintos de los supuestos enumerados en la ley⁵¹.

Aplicando la “regla de los tres pasos”, el tribunal entendió que el supuesto de hecho analizado consistía en evento gratuito y con finalidad exclusivamente religiosa que no entraba en conflicto con la explotación normal de la obra (en el caso, obra musical) además de no perjudicar a los legítimos intereses del autor pues no se trataba de evento de grandes proporciones⁵².

Al garantizar la aplicabilidad directa de la regla del art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC⁵³ y admitir la naturaleza meramente ejemplificativa de los límites, la referida sentencia del STJ representa un marco en la aplicación del derecho de autor en Brasil, pues consiste en un cambio de posicionamiento del tribunal que, hasta aquel momento, adoptaba una interpretación restrictiva de los límites⁵⁴⁻⁵⁵.

Sin embargo, aunque interpretaciones más flexibles de los límites basadas en la “regla de los tres pasos” sea deseable, el uso de los pasos de la regla sin parámetros o estándares objetivos que orienten la toma de decisiones por jueces y tribunales puede comprometer negativamente la seguridad jurídica del sistema de propiedad intelectual.

El análisis de los casos de aplicación de la regla por los distintos tribunales de Brasil demuestra que no existe una preocupación de los jueces en fijar parámetros o criterios objetivos para la aplicación de los pasos de la regla. Más bien al contrario, las decisiones se limitan a hacer referencia a los tratados internacionales que disciplinan la regla, mencionando de forma literal los tres pasos que la componen, pero sin explicar su significado normativo y su relación con el caso concreto⁵⁶.

La falta de fundamentación y claridad a la hora de aplicar la “regla de los tres pasos” no es un problema exclusivo de Brasil, sino que común a muchas otras jurisdicciones⁵⁷.

En el caso de Brasil, la situación puede ser más preocupante porque, como se ha mencionado, la LDA no disciplina expresamente la “regla de los tres pasos” como norma de interpretación de los límites. Su aplicación judicial se basa en la referencia a la regla prevista en los tratados internacionales, que se han incorporado al ordenamiento nacional con idéntica redacción. Esa identidad de redacción entre los tratados y la norma incorporada a derecho interno puede dar lugar a problemas de interpretación, pues la regla originalmente prevista en

los tratados constituye una regla habilitadora y de control del proceso legislativo, que tiene como destinatario el legislador y no los jueces y tribunales.

Lo anterior explicaría, por poner un ejemplo, la redacción restrictiva y de connotación negativa del art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, al disponer que los países miembros del acuerdo “circunscribirán” las limitaciones impuestas a los derechos de autor a los pasos de la regla⁵⁸.

Incorporada la regla tal cual, al derecho interno, sería posible al juez adoptar una lectura extremadamente restrictiva de la regla, rechazando la aplicación de límites y, consecuentemente, dejando de atender al interés público.

Asimismo, el lenguaje abierto de la regla, formada por conceptos jurídicos indeterminados, puede llevar al intérprete a aplicar los pasos de forma poco razonada y muy subjetiva, convirtiéndola en un mero argumento de ocasión, para justificar de modo retórico la convicción individual del juzgador.

De ese modo, la aplicación judicial directa de la regla del art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC exige un ejercicio de identificación de los parámetros y criterios objetivos que deben emplearse con vistas a la especificación concreta de su contenido, lo que garantizaría la coherencia y la seguridad jurídica del sistema de límites en Brasil.

4. Conclusión

(1) La revolución digital, vivida desde finales del siglo XX, ha propiciado un fortalecimiento del proceso de democratización cultural, pues amplió el acceso de los usuarios a los contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

En este contexto, los límites al derecho de autor adquieren una clara relevancia jurídica una vez que son esenciales para garantizar la difusión de la cultura y de la información, al

proporcionar el equilibrio entre la protección del interés del autor y el interés público de toda la sociedad.

(2) No obstante, dicho equilibrio se ve cada vez más amenazado, en la medida en que el sistema de límites previsto en las leyes de derecho de autor no es suficiente para dar amparo a las nuevas formas de utilización de obras o prestaciones protegidas generadas a partir de los cambios tecnológicos.

Esta laguna del sistema de límites, sumada a su falta de flexibilidad y su carácter restrictivo, contribuye para que el derecho de autor viva actualmente una crisis de legitimidad. En efecto, existe un creciente desajuste entre la ley y las nuevas normas sociales que han sido moldeadas por la tecnología digital.

(3) En este contexto, la “regla de los tres pasos”, como norma de interpretación de los límites, podría funcionar como una importante herramienta para garantizar un proceso de adecuación del sistema de la propiedad intelectual a los nuevos usos y hábitos sociales, toda vez que una interpretación flexible de los criterios que la componen permitiría que el impacto económico generado por dichos usos y hábitos, así como el atendimiento de una finalidad pública específica, fuesen debidamente ponderados en la solución de casos concretos.

(4) Del análisis histórico de la “regla de los tres pasos”, desarrollado en este trabajo, se verifica que la primera versión de la regla, prevista en el art. 9.2 del Convenio de Berna, se basaba en una proposición redactada por la delegación británica en el marco de la Conferencia de Estocolmo.

De ese modo, la regla encuentra sus raíces en la tradición de los sistemas de límites del *copyright* inglés, lo que explica la naturaleza abierta y dinámica de su contenido. Dichas características permitieron un marco flexible dentro del cual las distintas legislaciones nacionales tendrían un margen de libertad para fijar los límites que mejor atendieran a sus propias necesidades sociales, culturales y económicas.

(5) Sin embargo, la “regla de los tres pasos” fue posteriormente incorporada a distintos textos de tratados internacionales como norma de control del proceso legislativo destinada exclusivamente a los legisladores, consagrándose, así como norma de carácter negativo y restrictiva del alcance de los límites a la propiedad intelectual.

Este proceso culminó con la incorporación de la regla al ordenamiento interno de cada país, que en gran parte de los casos se ha dado en términos literales a lo previsto internacionalmente. En consecuencia, la “regla de los tres pasos” adquirió la condición de norma de interpretación de carácter restrictivo, destinada a los jueces y demás aplicadores del derecho.

Así, contrariando a su sentido original, tal como preconizado en el Convenio de Berna, la “regla de los tres pasos” ha dejado de ser una norma habilitadora para la introducción de nuevas excepciones para convertirse en un principio interpretativo restrictivo de los límites al derecho de autor.

Como resultado de todo este proceso, el sistema de límites actual combina una lista específica de límites con una lectura restrictiva de la regla, careciendo de la necesaria flexibilidad para adaptarse al nuevo contexto tecnológico.

(6) Ante al exceso de restricción del sistema, distintas propuestas han sido desarrolladas por la jurisprudencia analizada en este trabajo, buscando defender una lectura flexible de la regla para convertirla en un mecanismo de “apertura” del sistema mediante el cual sea posible la ampliación, por vía judicial, del número de limitaciones admitidas por ley.

Sin embargo, pese a su buena intención, dichas propuestas adoptan, con carácter general, una postura extremadamente flexible respecto de la aplicación de la regla y no delimitan el contenido y el alcance de la “regla de los tres pasos” a través de la fijación de criterios objetivos que permitan una aplicación segura de la misma por parte de los órganos jurisdiccionales.

(7) De ese modo, ni una lectura restrictiva de la regla ni, por el contrario, una lectura extremadamente flexible, sería el camino ideal con vistas a la mejor interpretación de los límites y el alcance de su finalidad esencial de garantizar el equilibrio entre los intereses de los autores y titulares de obras, de un lado, y del público en general, de otro.

(8) Es precisamente en este contexto, que este trabajo de investigación defiende un acercamiento entre el sistema de límites abiertos del *copyright*, basado en la doctrina del *fair use*, y el sistema cerrado de límites del derecho de autor europeo, en especial, el sistema español.

Dado que la “regla de los tres pasos” consiste en una norma de carácter abierto, formada por criterios interpretativos amplios y asemejados a los factores del *fair use*, no sería extraño que el razonamiento de un juez, al analizar un caso de posible violación de la propiedad intelectual a la luz de la regla, también implicase en valoraciones de carácter abierto.

Por cierto, aún mismo en los sistemas cerrados de límites, existe una actividad judicial interpretativa y valorativa que no necesariamente consiste en una aplicación literal de la ley.

Así, criterios como (i) el propósito o carácter del uso, (ii) la naturaleza de la obra, (iii) la sustancialidad de la parte utilizada de la obra en relación con su totalidad o (iv) el criterio del efecto del uso sobre el mercado potencial de la obra, deben ser tenidos en cuenta en la fundamentación judicial de cualquier tribunal, con independencia de su contexto.

(9) Basándose en los referidos criterios, sería interesante establecer parámetros más objetivos que orienten a los jueces y tribunales en la aplicación de los pasos que componen la regla, sea para admitir su utilización, sea para rechazarla cuando, mediante una aplicación razonable de sus criterios, se entienda que estos no hayan sido observados.

De ese modo, sería posible plantearse de *lege ferenda* un cambio en la redacción del actual

Art.46, VIII de la LDA, ampliando su alcance, pero fijando criterios objetivos que sirvan de parámetro para la aplicación judicial de la “regla de los tres pasos”, en el sentido de transformarla en una “cláusula semiabierta”, que permita una mayor dinamicidad del sistema de límites, pero sin comprometer su seguridad jurídica.

En ese sentido, el sistema de límites de derecho de autor fijado en la LDA atendería mejor a su función de equilibrio entre los intereses de autores o titulares de derecho y los intereses públicos de toda la sociedad.

En el caso de Brasil, es innegable que la aplicación ponderada de la “regla de los tres pasos” contribuiría para fomentar la ampliación del acceso a la cultura y al conocimiento, esencial para el pleno desarrollo del país.

5. Bibliografía

- BASSO, Maristela (2007). “As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos (*three step test*)”, en PIMENTA, Eduardo Salles, *Direitos Autorais – Estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*, Revista dos Tribunais.
- BERCOVITZ, Alberto (2005), “Límites al derecho de autor”, en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales – Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga*, Fundación Arte y Derecho.
- BERCOVITZ, Germán (2009), “Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2011). “Las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual y el equilibrio entre los intereses enfrentados en el Derecho español”, en *Pe.i – Revista de propiedad intelectual*, Addenda.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando (1988). *Propiedad Intelectual: su significado en la Sociedad de Información (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987)*, Madrid, Trivium.
- _____ (1997), “Capítulo II – Límites”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas.
- BORGES BARBOSA, Denis (2010). *Tratado da propriedade intelectual*, vol. 3, Lumen Juris.
- Branco, Sérgio (2011). *O Domínio Público nos direitos autorais Brasileiro – uma Obra em Domínio Público*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro.
- BURRELL, R. y COLEMAN, A. (2005). *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, Cambridge University Press.
- CARBONI, Guilherme (2008). *Função social do direito de autor*, Juruá.
- CASAS VALLÉS, Ramón (2005). “Derecho de autor y bibliotecas: historia de una larga amistad”, *Seminario Internacional CEDRO/IFRRO*.
- _____ (2007), “Comentarios al art. 40 bis de la LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos.
- CHRISTIE, Andrew F. y WRIGHT, Robin (2014), “A Comparative Analysis of the Three-Step Test in International Treaties”, en *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*.
- DAVIES, Gillian (1994), *Copyright and the public interest*, Sweet & Maxwell.
- DE CARVALHO, Patricia Luciane (coord.) (2008), *Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Juruá, vol. 2.
- DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. I, Coimbra Editora, 1997.
- _____ (2007). *Direito Autoral*, Renovar.
- _____ (2006), “Os limites dos limites. A Teoria dos Três Passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos”, en ROGEL VIDE, Carlos, *Los limites del Derecho de Autor*, Reus.
- FICSOR, Mihály (2002). “How much of what? The ‘three-step- test’ and its application in two recent WPO Dispute Settlement Cases”, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur – RIDA*, núm. 192.

- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio (2003). *El derecho de autor en internet: los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación en el Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares.
- _____, “Comentarios al art. 9 del Convenio de Berna”(2013). en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Tecnos.
- GEIGER, Christophe (2004). “De la nature juridique des limites au droit d’auteur. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux”, en *Propriétés Intellectuelles*, n° 13.
- _____(2006), “The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?”, en *International Review of Industrial Property and Copyright Law – IIC*, n° 6.
- _____(2006), “Copyright and free Access to information: for a fair balance of interests in a globalized world”, en *European Intellectual Property Review – EIPR*, vol. 28, n. 7.
- _____(2007), “From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test”, en *European Intellectual Property Review – EIPR*.
- _____(2007). “El papel del “test” de las tres etapas en la adaptación del derecho de autor a la sociedad de la información “, en *e-Boletín de derecho de autor*, UNESCO.
- _____; Gervais, Daniel & Senftleben, Martin (2013). “The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test’s Flexibility in National Copyright Law”, PIJIP Research Paper no. 2013-04, disponible en <https://digitalcommons.wcl.american.edu/research/39/>.
- Gervais, Daniel (2005). “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test”, en *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 9:1.
- Hugenholtz, P. Bernt & Okediji, Ruth L. (2008). “Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright. Final Report”, disponible en: <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/limitations_exceptions_copyright.pdf>.
- GINSBURG, Jane C. (2001). “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step-Test” for Copyright Exceptions”, en *Revue Internationale de Droit d’Auteur – RIDA*, n° 187.
- HUGENHOLTZ, P. Bernt y SENFTLEBEN, Martin (2011). “Fair Use in Europe. In search of Flexibilities”, *Institute for Information Law*, University of Amsterdam. pp. 23/24, disponible en <<http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>>.
- INSTITUTE FOR INFORMATION LAW DE LA UNIVERSIDAD DE ÁMSTERDAM – IVIR (2007), “Study on the implementation and effect in Member States’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society – Part II”, p. 139, disponible en <<http://www.ivir.nl/>>.
- NEIVA, Maria Rita Braga de Siquiera (2016), *La regla de los tres pasos como norma interpretativa del derecho de autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual*. Universidad Carlos III de Madrid (España), disponible en: <<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22645>>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – OMPI, *Guía del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de París de 1971)*, 1978. Disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf>.

- SANTOS, Manoel J. Pereira dos (2010), “Principais Tópicos para uma Revisão da Lei de Direitos Autorais Brasileira,” en *Estudos de Direito de Autor – a Revisão da Lei de Direitos Autorais*, org. Marcos Wachowicz & Manoel J. Pereira dos Santos, Florianópolis, Boiteux, 2010.
- (coord.) (2011), *Direito de Autor e Direitos Fundamentais*, Ed. Saraiva.
- (2014). “As limitações aos direitos autorais”, en PEREIRA DOS SANTOS, Manoel J., PINHEIRO JABOUR, Wilson y DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *Direito Autoral*, Saraiva.
- RICKETSON, Sam (1987). *The Berne Convention for the protection of literary and artistic Works: 1886-1986*, Kluwer.
- y GINSBURG, Jane (2006), *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Conventio and Beyond*, Oxford university Press.
- RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas y BASSO, Maristela (2008). “Análise sistêmica do sistema nacional de proteção dos direitos autorais: aplicação da doutrina da interpretação consistente e do teste dos três passos para avaliação das limitações aos direitos autorais”, en DE CARVALHO, Patricia Luciane (coord.), *Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Juruá, vol. 2.
- RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas (2013). *Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos dos direitos de autor, de marca, de patente e de desenho industrial*, Editora Singular.
- SENFTLEBEN, Martin (2004). *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, Kluwer Law International.
- (2006). “Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Test in Patent and Trademark Law”, en *International Review of Industrial Property and Copyright Law - IIC*, n°4.
- (2010). “The international three-step-test: A model provision for EC fair use legislation”, en JIPITEC 67, disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1723867>>.
- VALENTE, Mariana Giorgetti (2019). *A construção do direito autoral no Brasil: cultura e indústria em debate legislativo*. Letramento.
- WRIGHT, Robin (2009). “The “Three-Step Test” and the Wider Public Interest: Towards a More Inclusive Interpretation”, en *Journal of World Intellectual Property*, vol. 12, pp. 600-621.
- XALABARDER, Raquel (2007). “Declaración por una interpretación equilibrada de la “regla de los tres pasos” en Derecho de Autor”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Marcial Pons, t. 28.

Notas Finais

1 O presente artigo se baseia na tese de doutorado desenvolvida e defendida pela autora no âmbito do Curso de Doutorado em Direito da Universidad Carlos III de Madrid (Espanha) intitulada “*La regla de los tres pasos como norma interpretativa del derecho de autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual*”. Ainda que o objetivo principal da investigação doutoral tenha sido a proposta de uma releitura da “regra dos três passos”, especialmente no contexto da lei autoral espanhola, através da fixação de critérios mais objetivos que auxiliam os interpretes e aplicadores da regra, o presente artigo tem como recorte, em uma primeira análise, estudar e compreender a origem histórica da regra e como ela vem sendo interpretada e aplicada no contexto jurídico brasileiro, indicando, ao final, o problema da falta de critérios para interpretação da regra, tendo como base a análise das jurisprudências consolidadas sobre o tema no Brasil. Para pesquisa de todo o conteúdo da tese, ver documento disponível em: <<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22645>>.

2 GARCÍA LORCA, Federico (1997). *Alocución al pueblo de Fuente Vaqueros*. Comares.

3 En España, las expresiones “propiedad intelectual” y “derecho de autor” son utilizadas indistintamente para significar un mismo derecho subjetivo relacionado a los autores. Sin embargo, en España, la expresión “propiedad intelectual” es más amplia pues se refiere también a los llamados derechos conexos o afines al derecho de autor que se refieren a las actuaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, a los fonogramas realizados a iniciativa y bajo la responsabilidad de los productores de fonogramas, a las grabaciones audiovisuales

hechas a iniciativa y bajo la responsabilidad de los productores de grabaciones audiovisuales, a las emisiones de los organismos de radiodifusión, a las meras fotografías o a las ediciones de determinadas ediciones editoriales. Pese esa diferencia, en el presente trabajo se utilizará las dos expresiones, “propiedad intelectual” y “derecho de autor” de forma indistinta y como expresiones sinónimas, aunque se utilice más la expresión “derecho de autor” por ser la expresión más usual en el ámbito internacional. En efecto, en otros países de la Europa Continental, también de tradición codificadora (como Francia, Alemania, Portugal e Italia), así como para las organizaciones internacionales y también Brasil, lo que se denomina propiedad intelectual en España es designado “derecho de autor” que sería juntamente con la “propiedad industrial” ramas de la “propiedad intelectual”.

4 Acuerdo sobre ciertos aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de 15 de abril de 1994, Instrumento de ratificación en España de 30 de diciembre de 1994, BOE núm. 33, de 8 de febrero.

5 Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor, de 20 de diciembre de 1996, Instrumento de ratificación de España de 14 de diciembre de 2009, BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010.

6 Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, de 20 de diciembre de 1996, Instrumento de ratificación de España de 14 de diciembre de 2009, BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010.

7 Directiva 2011/29/CE, de 22 de mayo de 2011, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de información (DOCE núm. L167, de 22 de junio de 2011; corrección de errores en DOCE

núm. L 6, de 10 de enero de 2002), transpuesta al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley 23/2006, de 7 de julio.

8 Según estudios históricos desarrollados por DAVIES, el derecho de autor surgió a partir de la necesidad de atender simultáneamente a intereses públicos y privados, constituyéndose, desde su origen, una situación jurídica compleja, en la que derechos y deberes coexisten. Ver trabajo histórico publicado por DAVIES, Gillian, Copyright and the public interest, IIC Studies, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law y VCH, 1994. Sin embargo, según DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ese entendimiento resultó perjudicado en el periodo comprendido entre mediados del siglo XIX y la Primera Gran Guerra (1914 – 1918), en la medida en que durante dicho período prevaleció la lógica del individualismo y del liberalismo. Esta situación, sumada a la creciente importancia económica de los bienes culturales, provocó una mutación del sentido original del derecho subjetivo del autor, resultando, de acuerdo con el jurista portugués, en un continuo proceso de erosión de la idea de los límites. Ver en DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José, “Os limites dos limites. A Teoria dos Três Passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos”, en ROGEL VIDE, Carlos, *Los límites del Derecho de Autor*, Reus, 2006, pp. 83-108.

9 En el contexto jurídico español, marco legal de elaboración del presente trabajo de investigación, ver, por ejemplo, BERCOVITZ, Alberto, “Límites al derecho de autor”, en *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales – Seminario Diego Rivera/Ignacio Zuloaga*, Fundación Arte y Derecho, 2005, p. 97. El citado jurista afirma que “*las excepciones al derecho de autor son solamente las específicamente determinadas en la ley, sin que exista una cláusula general*

que permita su extensión analógica”. También favorable a la interpretación restrictiva de los límites, BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Capítulo II – Límites”, en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, 1997, p. 164. Sin embargo, BERCOVITZ, Germán sostiene que el entendimiento por la absoluta restricción no sería de todo correcto al destacar que: “*Frecuentemente se señala que al tratarse de límites o excepciones a derechos, deben interpretarse restrictivamente. Ello es parcialmente cierto (desde luego lo es cuando se enfrenten a un interés puramente económico individual). No debe olvidarse que tal como se resalta desde el “Derecho de la Información”, el propio derecho de autor es también una excepción a la libertad de expresión y a la libertad de información*”. Ver en BERCOVITZ, Germán, “Los límites a los derechos patrimoniales exclusivos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 91.

10 Como ejemplo de jurisprudencia española que afirma expresamente el carácter restrictivo de la interpretación de los límites véase la Sentencia del Tribunal Supremo nº 629/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 de junio de 2007. El Tribunal Supremo afirmó que: “*En materia de propiedad intelectual rige el principio o regla general de tener que pedir permiso al titular de un derecho de autor para poder comunicar, reproducir, distribuir o transformar su obra. La excepción a esta regla general sólo puede venir dada por los límites que la Ley establece con claridad, límites que han de ser lógicamente interpretados de manera restrictiva en consonancia con la naturaleza de la norma (Art. 4.2 CC)*.” Asimismo, aún sobre la interpretación restrictiva de los límites, véase la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 15ª), de 10 de septiembre de 2003, en repertorio Aranzadi: AC/2003/1894.

11 Informe del Grupo Especial de la OMC del 15 de junio de 2000, Estados Unidos - Artículo 110 (5) de la ley americana sobre el derecho de autor, WT/DS160/R, disponible en <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm>. El 26 de enero de 1999 la Unión Europea solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos respecto del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de ese país, modificada por la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales, que se publicó el 27 de octubre de 1998 (*Fairness in Music Licensing Act*). La Unión Europea sostenía que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor permitía, cuando se cumplían determinadas condiciones, la emisión de música por radio o televisión en lugares públicos (bares, tiendas, restaurantes, etc.) sin pagar regalías. La Unión Europea consideraba que esta norma legal era incompatible con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, que exige que los Miembros observen los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna. La diferencia se centraba en la compatibilidad de dos exenciones previstas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos con el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, que permite determinadas limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos de los titulares de derechos de autor, a condición de que tales limitaciones se circunscriban a determinados casos especiales, no atenten contra la explotación normal de la obra en cuestión ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos:

- La denominada exención “empresarial”, prevista en la parte (B) del artículo 110(5), en esencia permitía la amplificación de emisiones musicales, sin necesidad de autorización ni pago de tasas, por parte de establecimientos

de comidas y bebidas y establecimientos de servicios minoristas, siempre que su tamaño no superara una determinada superficie. También permitía esa amplificación de emisiones musicales por parte de establecimientos con una superficie mayor siempre que se cumplieran determinadas limitaciones de equipamiento.

- La denominada exención “del uso doméstico” prevista en la parte (A) del artículo 110(5), permitía que los pequeños restaurantes y los comercios minoristas amplificaran emisiones musicales sin autorización del titular del derecho ni pago de tasas, siempre que emplearan equipos de uso doméstico (es decir, equipos del tipo utilizado habitualmente en las casas).

El 15 de abril de 1999 la Unión Europea solicitó el establecimiento de un grupo especial para analizar el caso. El Grupo Especial quedó constituido el 6 de agosto de 1999. El informe del Grupo Especial se distribuyó a los Miembros el 15 de junio de 2000. El Grupo Especial constató que: la exención “empresarial” prevista en la parte (B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos no cumplía las prescripciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y era, por tanto, incompatible con los artículos 11bis 1) iii) y 11 1) ii) del Convenio de Berna (1971), incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 de dicho Acuerdo. El Grupo Especial observó, entre otras cosas, que una gran mayoría de los establecimientos de servicio de comidas y bebidas y casi la mitad de los establecimientos de servicio minorista quedaban abarcados por la exención empresarial;

- La exención “de uso doméstico” prevista en la parte (A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos cumplía las prescripciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y era, por tanto, compatible con los artículos 11bis 1) iii) y 11 1) ii) del Convenio de Berna, incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en el párrafo 1 del artículo 9 de dicho Acuerdo. En este punto el Grupo Especial observó determinadas limitaciones impuestas a los beneficiarios de la exención, el equipo permitido y las categorías de obras, así como la práctica de aplicación de los tribunales.

12 RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane. (2006). *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford university Press, p. 759 y RICKETSON, Sam (1987). *The Berne Convention for the protection of literary and artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, p. 479 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio (2013). “Comentarios al art. 9 del Convenio de Berna”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Tecnos, p. 760.

13 De acuerdo con GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ (2013), “ello provocó que se buscara una solución de compromiso lo suficientemente flexible como para permitir a los legisladores nacionales mantener sus excepciones tradicionales al derecho de reproducción vigentes en 1967 y, en su caso, incluir otras nuevas, pero a la vez con capacidad para ejercer presión cuando una determinada excepción o limitación prevista en la legislación de un Estado de la Unión de Berna pusiera en peligro la explotación económica de la obra.”. Ver en GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio (2013).

“Comentarios al art. 9 del Convenio de Berna”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Tecnos, p. 760.

14 El grupo encargado del estudio señaló en los trabajos realizados para el programa de 1967 que los límites reconocidos con más frecuencia por las legislaciones nacionales se referían a las siguientes formas de utilización: (i) discursos políticos, (ii) citas, (iii) artículos de periódicos, (iv) información relativa a acontecimientos de actualidad, (v) grabaciones efímeras, (vi) utilización privada, (vii) reproducción mediante fotocopias realizadas en librerías, (viii) reproducciones de carácter especial para las personas con discapacidad visual, (ix) esculturas en exposición permanente en lugares públicos, (x) utilización de obras artísticas en películas y en televisión, (xi) reproducción en interés de la seguridad social. Para un recuento detallado ver SENFTLEBEN, M. (2004). *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, Kluwer Law International, 2004, p. 43-98.

15 Ver en WIPO, *Records...*, op.cit., p. 113, bien como en RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane, *International Copyright...*, op.cit., p. 759 y RICKETSON, Sam, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, 1987, p. 479.

16 En ese sentido manifestaron las Delegaciones de Francia, Italia, Holanda, Mónaco y Dinamarca, Bélgica. De acuerdo con WIPO, *Records...* op.cit., pp. 612, 690 y 857-860. Además, para un estudio sobre las distintas posiciones ver en RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane, *International Copyright...*, op.cit., p. 762; RICKETSON, Sam, *The Berne Convention...*, op.cit., pp. 480-481 y en SENFTLEBEN, M., *Copyright, Limitations...*, op.cit., p.50.

17 Para un estudio profundizado de dichas posiciones ver *Idem*, pp. 67-80.

18 Según SENFTLEBEN (2004), la semejanza entre la “regla de los tres pasos” y el fair dealing se intensifica en razón de un criterio compartido, en concreto, la posibilidad de competencia con la obra original, es decir, según lo previsto por la “regla de los tres pasos”, la prohibición de conflicto con la explotación normal de la obra. Ver en SENFTLEBEN, M (2004). *Copyright, Limitations...*, op.cit., p. 70.

19 WIPO, *Records...* op.cit., p.858. Citado por RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane, *International Copyright...*, op.cit., p. 763 (nota nº 25) y RICKETSON, Sam, *The Berne Convention...*, op.cit., p. 481 (nota nº 22). Traducción libre de la investigadora del siguiente texto original: “(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.”

20 Para un estudio comparativo de las distintas versiones de la “regla de los tres pasos” en los tratados internacionales ver en CHRISTIE, Andrew F. y WRIGHT, Robin (2014). “A comparative analysis of the three-step tests in international treaties”, en *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*. El estudio desarrollado por Christie y Wright (2014) se basa, no obstante, en un análisis comparativo del sentido y significado literal de cada uno de los términos y expresiones que componen la redacción de la regla. En la opinión de esta autora, dicho análisis es incompleto una vez que no lleva en consideración el contexto de elaboración de cada uno de los tratados internacionales, ni el propósito y finalidades que justificaron su creación. Para un

análisis de la regla en el contexto de la DDASI, ver SENFTLEBEN, M., *Copyright, Limitations...*, op.cit..

21 Art. 13 de los ADIPIC.

22 Art. 10.1 del Tratado OMPI sobre derecho de autor y el art. 16.2 del Tratado OMPI sobre derechos conexos.

23 Art. 5.5 de la DDASI.

24 En el ámbito europeo, por ejemplo, la “regla de los tres pasos” está prevista en el artículo 5.5 de la DDASI que establece lo siguiente: “Las excepciones y limitaciones contempladas en apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.” A partir de ahí, la regla fue interpretada de manera muy distinta por los Estados miembros en el momento de su incorporación al ordenamiento jurídico interno. Algunos países dejaron de transponer la regla a su legislación interna bajo el entendimiento de que el legislador era el único destinatario de esta. Ese fue el caso de Alemania, Reino Unido, Bélgica, Austria, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Holanda, Noruega, Eslovenia y Suecia. Por otro lado, Francia, Italia, Portugal, España, República Checa, Estonia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta y Polonia sí que optaron por trasponer expresamente la regla a sus respectivas legislaciones. Para un estudio profundizado del histórico de incorporación de la “regla de los tres pasos” en el contexto europeo ver INSTITUTE FOR INFORMATION LAW DE LA UNIVERSIDAD DE ÁMSTERDAM – IVIR (2007), “Study on the implementation and effect in Member States’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and

related rights in the information society – Part II”, p. 139, disponible en <<http://www.ivir.nl/>>. Asimismo, para un estudio teniendo en cuenta la opción del legislador por una interpretación más restrictiva o flexible de la regla, específicamente, en Alemania, España, Francia, Holanda, Italia, Portugal y Reino Unido, ver NEIVA, Maria Rita Braga de Siquiera (2016), La regla de los tres pasos como norma interpretativa del derecho de autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual. Universidad Carlos III de Madrid (España), pp. 156-175, disponible en: <<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22645>>.

25 Según estudios sobre la desigualdad en Brasil, aunque se observe una mejora en la distribución de renta de la población, el país aún sufre con el alto nivel de desigualdad cuando comparado con otros países en el mundo y mismo en América Latina. En 2019, la población con los 10% más bajos rendimientos concentraban apenas 0,9% de la renta total. Ya el 10% más rico de la población brasileña concentró durante todo el período analizado más de 41,6% de la totalidad de la renta per cápita. Ver en Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população brasileira, 2020, publicado por el Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, disponible en <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>>.

26 De acuerdo con Carboni (2008), dicho sistema de límites no es suficiente para solucionar el conflicto entre el derecho individual del autor y el interés público a la libre utilización de obras intelectuales, no atendiendo al principio constitucional de la función social del derecho de autor. CARBONI, Guilherme, Função social do direito de autor, Juruá, p. 97.

27 Según datos de la Organización de las Naciones Unidas (UNESCO) publicados en 2011, en una evaluación realizada entre 127 países, Brasil ocupa el inexpresivo 88º lugar en el Índice de Educación de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Dicho índice analiza la situación de un país con relación al cumplimiento de cuatro metas: garantizar el acceso universal a la educación primaria; alfabetización de la población adulta; buena calidad de la educación ofrecida; e igualdad de género. Datos estadísticos disponibles en: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/about-this-office/unesco-resources-in-brazil/statistics/#c170356>>. Además del grave problema en la educación, en términos culturales la situación no es distinta, un estudio realizado por el Ministerio de Cultura de Brasil, en 2010, ha puesto en evidencia la falta de acceso de la sociedad a la cultura y a los bienes culturales. De acuerdo con la investigación sólo 14% de los brasileños van al cine una vez por mes, 92% nunca ha frecuentado un museo, 93% nunca ha participado de una exposición pública de artes plásticas y 78% nunca han ido en un espectáculo de danza. Información citada por RODRIGUES JÚNIOR. Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três..., op. cit., p.378.

28 Idem, p. 381.

29 Sobre el origen histórico de la regla, ver apartado 2 del presente trabajo.

30 RODRIGUES JÚNIOR. Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 378.

31 Ver Art. 6º y Art. 205, de la Constitución de Brasil que disponen, respectivamente: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...) Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

32 El art. 5º, XIV de la Constitución asegura el derecho fundamental al acceso a la información. Así, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”. En ese mismo sentido, el art. 215, caput, también de la Constitución, dispone: “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.”

33 En Brasil, el derecho de autor tiene protección constitucional como un derecho fundamental. Así dispone el art. 5º, incisos XXVII y XXVIII de la Constitución: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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;”.

34 El texto del Proyecto de Ley nº 5340/90, bien como de los Proyectos de Ley y Anexos están disponibles en: <http://www.lacorte.adv.br/blog/?page_id=226>, página web indicada por el servicio de atendimento de la propia Cámara de los Diputados.

35 Para um recorrido histórico sobre elaboración y aprobación de la LDA y, especialmente, sobre la inclusión de una regla flexible inspirada em la “regla de los tres pasos” en el sistema de límites brasileño ver la obra de VALENTE, Mariana Giorgetti (2019). A construção do direito autoral no Brasil: cultura e indústria em debate legislativo. Letramento, pp. 298-305.

36 CÁMARA DE LOS DIPUTADOS DE BRASIL, Parecer de la Comisión Especial de la Cámara de los Diputados, disponible en: <http://www.lacorte.adv.br/blog/?page_id=226>, página web indicada por el servicio de atendimento de la propia Cámara de los Diputados.

37 Asimismo, según VALENTE (2019), la inclusión del apartado VIII del art. 46 de la LDA ha sido una sugerencia de la Federación Latino-Americana de Productores Fonográficos y Videofonogramas (FLAPF) que ha justificado la inclusión en razón de una serie de supuestos prácticos de usos incidentales de obras que encontrarían cobijo en el concepto del “fair

use” o “usos justos”. En VALENTE, Mariana Giorgetti (2019). A construção do direito autoral no Brasil..., op.cit., pp. 304-305.

38 Ver en BASSO, Maristela (2007). Propriedade Intelectual e Importação Paralela, Editora Atlas, 2011, p.36; BASSO, Maristela, “As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos (three step test)”, en PIMENTA. Eduardo Salles, Direitos Autorais – Estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos, Revista dos Tribunais, 2007, p. 258 y RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 42.

39 Traducción libre de esta investigadora del texto original en portugués.

40 Ver em RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas y BASSO, Maristela, “Análise sistêmica do sistema nacional de proteção dos direitos autorais: aplicação da doutrina da interpretação consistente e do teste dos três passos para avaliação das limitações aos direitos autorais”, en DE CARVALHO, Patricia Luciane (coord.), Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso, Juruá, vol. 2, 2008, pp. 180-181.

41 En ese sentido, RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 42 y BASSO, Maristela, “As exceções e limitações aos direitos de autor..., op. cit., pp. 254-255.

42 Para Rodrigues Júnior (2013), la “regla de los tres pasos” de los artículos 9.2 del Convenio de Berna y 13 de los ADPIC deben ser primariamente observada por los legisladores en el proceso de evaluación de la legitimidad de los proyectos de ley que contemplan la creación de nuevos supuestos de límites al derecho de autor. Asimismo, la regla puede ser utilizada

por el Poder Judicial – y por los órganos gubernamentales de defensa de la competencia y por los tribunales administrativos encargados de examinar casos sobre propiedad intelectual. Ver en RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 41.

43 Traducción libre de esta investigadora del texto original en portugués.

44 En BASSO, Maristela, “As exceções e limitações aos direitos de autor..., op. cit., p. 258 y BASSO, Maristela, Propriedade Intelectual..., op. cit., p. 36. En ese mismo sentido, RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos..., op. cit., p. 41. RODRIGUES JÚNIOR utiliza de la expresión “cláusula general de excepción de la propiedad intelectual” como sinónimo de “regla de los tres pasos”. Según el jurista, la primera expresión presenta un carácter más técnico, mientras que la segunda consiste en una expresión más popular entre la doctrina.

45 Ver Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2002.51.01.015719-6, rel. Des. Liliane Roriz, de 24 de noviembre de 2009, DJ 01/12/2009 (Apelante: Soc. Bras. de Autores Teatrais – SBAT. Apelado: Fundação Oswaldo Cruz).

46 Dispone el citado límite: “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: 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.”

47 Idem, Fundamento Segundo. Traducción libre de esta investigadora del siguiente texto original: “(...) toda vez que um dos passos da regra dos três passos for infringido, pode-se

concluir que o uso desautorizado da obra não está adequado à limitação estabelecida no art. 46 da LDA, não se incluindo em uma das modalidades de uso para fins de interesse público (fair use) e, por conseguinte, violando os direitos fundamentais dos autores de auferirem benefícios a partir de sua obra, na forma do disposto no art. 50, inciso XVII, da Constituição Federal”.

48 En ese sentido, también lo entiende RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, *Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos...*, op. cit., p. 42.

49 En ese sentido RODRIGUES JÚNIOR. Edson Beas, *Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos...*, op. cit., p. 42 y BORGES BARBOSA, Denis, *Tratado da propriedade intelectual*, vol. 3, Lumen Juris, 2010, pp. 1950 y ss.

50 Ver RODRIGUES JÚNIOR., Edson Beas, *Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos...*, op. cit., p. 42.

51 Ver Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 964404, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, de 15 de marzo de 2011 (Recorrente: Mitra Arquidiocesana de Vitória. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD).

52 Idem, Voto del Relator Min. Paulo Tarso Sanseverino, p. 5.

53 La aplicabilidad directa de la “regla de los tres pasos” ha sido reiterada en otra decisión del Superior Tribunal de Justiça – STJ en un supuesto de hecho muy parecido a lo analizado por el caso en cuestión. En ese caso, el tribunal entendió que un evento sin fines lucrativos, con entrada gratuita y finalidad exclusivamente religiosa, consistía en situación que no entraba en conflicto con la explotación

normal de la obra, bien como no perjudicaba injustificadamente a los legítimos intereses de los autores, pues no se trataba de un evento de grandes proporciones. Muy al revés, se trataba de un evento de naturaleza familiar. De ese modo, el STJ ha entendido que el caso concreto no violaba a la “regla de los tres pasos”, se encuadrando en el límite previsto en el art. 46, VI de la LDA. Ver Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.320.007 - SE (2012/0082234-4), rel. Min. Nancy Andrighi, de 04 de junio de 2013 (Recorrente: Centro de Treinamento Bíblico Rhema Brasil Aracajú. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD). En ese mismo sentido ver dos juzgados más recientes del STJ y en línea con los casos anteriores: (i) Superior Tribunal de Justiça STJ. Recurso especial nº N° 1.746.739 - SP. Recorrente: ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. Recorrido: FREDERICO GEORGE BARROS DAY. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 31 de agosto de 2020 e (ii) Superior Tribunal de Justiça STJ. Recurso especial nº N° 1320007 SE 2012/0082234-4. Recorrente: CENTRO DE TREINAMENTO BÍBLICO RHEMA BRASIL ARACAJÚ. Recorrido: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 4 de junho de 2013.

54 Ese cambio de entendimiento ha sido, incluso, destacado por otro magistrado del STJ, Ministro Massami Uyeda, en su voto en la misma decisión. De acuerdo con el Ministro: “ (...) a angulação pela qual o eminente Relator dá o enfoque à matéria, inclusive trazendo a Convenção de Berna, que tem eficácia dentro do território nacional, mostra que essa questão determina a colidência dos princípios constitucionais. É um tema bem atual. Aliás, a evolução da jurisprudência e a própria doutrina está caminhando nesse sentido de que, no final, tudo se trata da ponderação, do equilíbrio na aplicação

desse princípios. Tudo se resume a princípios, como naquele caso anterior que fiz do direito fundamental à intimidade e o direito à própria vida, uma colidência de princípios. Então, neste caso também, saúdo o eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que dá uma nova visão, permite um estudo, um aperfeiçoamento das posições. Tínhamos, até agora, uma posição muito rígida, que vinha da decisão da Corte Especial, e aquilo resistiu por algum tempo. Com essa renovação que se faz, dos quadros dos Ministros, é natural essa mudança de observação.”. Ver em Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 964404, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, de 15 de março de 2011.

55 El nuevo posicionamiento adoptado en esta decisión del STJ de que la LDA contempla un rol ejemplificativo de limitaciones ha sido utilizado por otros tribunales estaduais de Brasil. En ese sentido ver en: (i) Tribunal de Justiça do Espírito Santo – TJES, Apelação Cível nº 24070157714, de 2 de junio de 2011; (ii) Tribunal de Jusrícia de Santa Catarina – TJSC, Apelação Cível nº 2008.054027-8, de 21 de julio de 2011; (iii) Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC, Apelação Cível nº 2010.076442-8, de 15 de febrero de 2012; (iv) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0225705-28. 2011.8.19.0001, de 4 de diciembre de 2012; (v) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (7ª Câmara de Direito Privado). Embargos de Declaração Cível nº 1038478-76.2015.8.26.0053/50000. Embargante: Empresa Folha da Manhã S/A. Embargado: Estado de São Paulo. Relator: Des. Rômulo Russo, 22 de setembro de 2020; (vi) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6ª Câmara de Direito Privado). Apelação nº 0016435-75.2009.8.26.0053. Apelantes: Editora Nova Fronteira S/A e Vilma Guimarães Rosa. Apeladas: Universidade de São Paulo - USP e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

- IMESP. Relatora: Des. Maria Salete Corrêa Dias, 23 de julho de 2018, (vii) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (7ª Câmara de Direito Privado). Embargos de Declaração nº 2222820-73.2015.8.26.0000/50000. Embargante: Empresa Folha da Manhã S/A. Embargado: Estado de São Paulo. Relator: Des. Rômulo Russo, 24 de julho de 2017.

56 Asimismo, existen decisiones que además de no aclarar el alcance de los pasos de la regla, mal interpretan su papel y finalidad, tratándola como sinónimo de la doctrina del fair use. En ese sentido ver reciente decisión del STJ que, al referirse a la “regla de los tres pasos” prevista en el art. 9.2 del Convenio de Berna y del art. 13 de los ADPIC, ha afirmado que: “Tais dispositivos regem a doutrina do fair use ou usage loyal e a regra dos três (3) passos, segundo a qual o uso não autorizado de obras de terceiros será legítimo se obedecidas as seguintes condições: (a) que se trate de certos casos especiais (expressamente previstos em lei); (b) que não atentem contra a exploração normal da obra; (c) que não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor.”. En Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 1.217.567 - SP (2010/0185114-4), rel. Min. Luis Felipe Salomão, de 07 de mayo de 2013 (Recorrente: Editora Abril S/A. Recorrido: SIGEM Sistema Globo de Edições Musicais LTDA).

57 Para un análisis de la “regla de los tres pasos” en el contexto jurídico español ver tesis doctoral de esta autora, disponible en: <<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22645>>.

58 El carácter restrictivo del citado art. 13 de los ADPIC es aún más evidente en su versión en portugués que ha sido incorporada al derecho brasileño y que dispone: “Art. 13 – 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” [Énfasis mío].