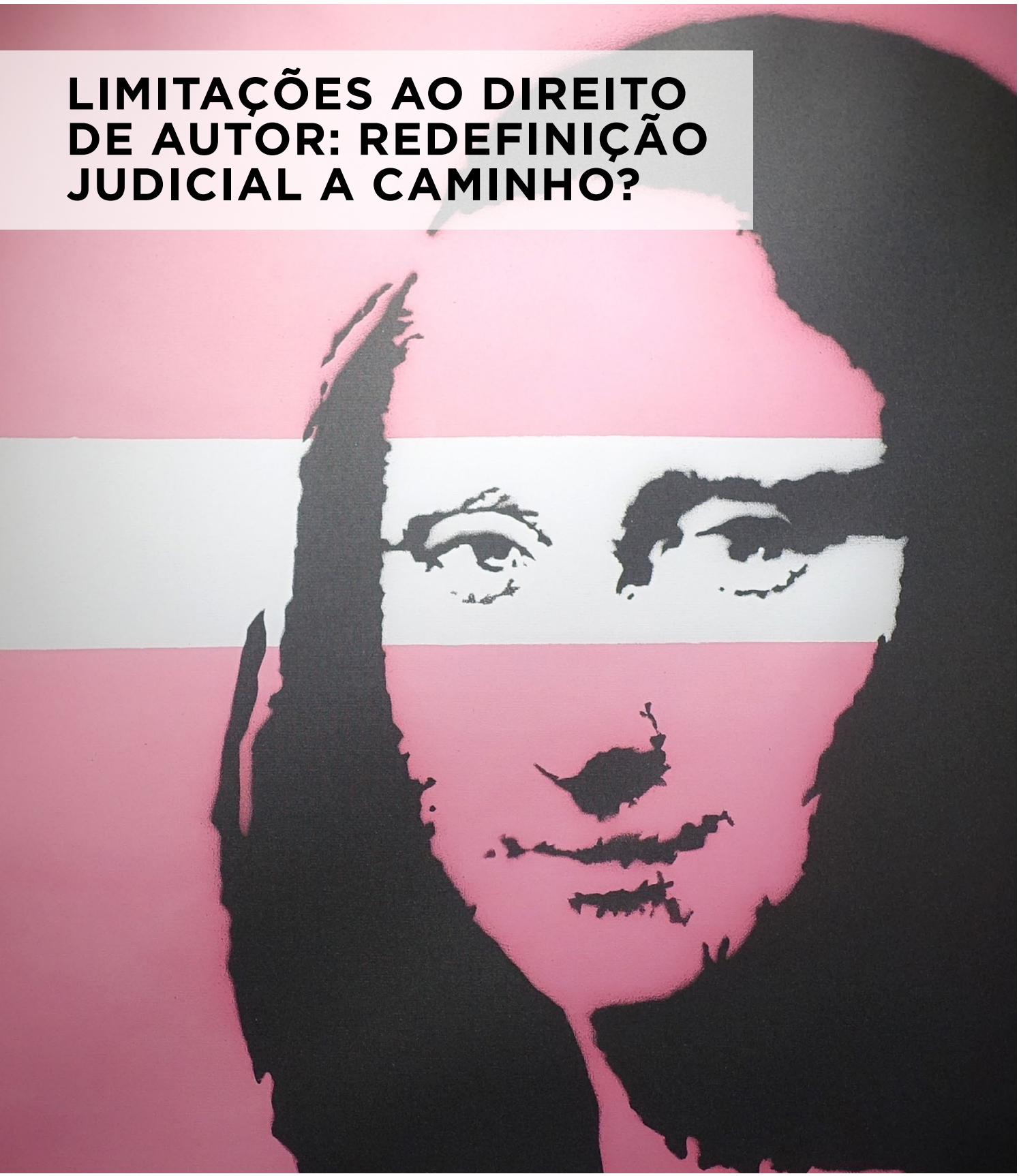
EDIÇÃO Nº33
MAI-JUN 2025

GEDIPE

Associação para a Gestão Coletiva de Direitos de Autor
e de Produtores Cinematográficos e Audiovisuais

LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR: REDEFINIÇÃO JUDICIAL A CAMINHO?



EDITORIAL

A internacionalização do audiovisual português

PAULO SANTOS
DIRETOR-GERAL DE GEDIPE

Nesta edição, a última antes da pausa estival, temos muita informação relevante a partilhar, sobretudo em matéria de processos em curso nos tribunais quer dos EUA quer da UE, com impacto potencialmente significativo no futuro do licenciamento de direitos, embora mais na área do Direito de Autor do que na dos Direitos Conexos. E em matéria de IA generativa, tema que acompanhamos com particular interesse nos artigos de fundo.

Sobre temas atuais que dizem respeito ao setor, é altura de fazer um balanço acerca da eficácia das medidas de apoio em curso e bem assim uma apreciação sobre a estratégia de internacionalização das produções audiovisuais e cinematográficas portuguesas e em língua portuguesa.

Podemos dizer que a mesma enfrenta desafios estruturais nos diferentes mercados — salas de cinema, festivais internacionais e plataformas de *streaming.*

Se é certo que o cinema português duplicou a sua quota de espectadores em 2024 (de 2,7% para 4,5%), a verdade é que continua com um peso muito reduzido no mercado nacional e internacional. O crescimento recente deve-se sobretudo a dois títulos de grande sucesso comercial, enquanto a maioria das produções nacionais permanece com audiências muito baixas. Mesmo filmes premiados internacionalmente, como *Grand Tour* de Miguel Gomes, têm pouca expressão nas bilheteiras, com médias de público muito reduzida[1]. O reconhecimento em festivais tem sido importante para a reputação artística e para a abertura de portas à circulação internacional, embora nem sempre se traduza em sucesso comercial Em 2025, Portugal teve oito filmes no Festival de Cinema de Cannes[2], foi Convidado de Honra no Festival Internacional de Cinema de Guadalajara, com 38 filmes em destaque[3], e manteve representação ativa em mercados como o Marché du Film (Cannes) e o MAFIZ – *Málaga Festival Industry Zone*, reforçando contactos e visibilidade[4]. A distribuição em salas continua limitada, com poucas apostas dos exibidores e escassa presença em grandes circuitos, refletindo um divórcio persistente entre o cinema nacional e o público.

A internacionalização via *streaming* é uma aposta crescente, apoiada por programas como o Europa Criativa MEDIA[5], que financiam projetos com potencial de circulação europeia e internacional, incluindo conteúdos para televisão e plataformas VoD. No entanto, a presença de produções portuguesas nas grandes plataformas ainda é limitada e muito dependente de parcerias e coproduções, sendo mais frequente a circulação de séries e filmes de maior apelo comercial. O *streaming* é neste momento o fator que dita as tendências no mercado, obrigando a reinvenção das salas de cinema[6].

Os incentivos financeiros, como o PIC Portugal[7], têm tido impacto relevante na captação de produções estrangeiras, tornando Portugal um destino competitivo para filmagens internacionais. Estes apoios incluem benefícios fiscais, financiamento direto e agora também incentivos para práticas de sustentabilidade ambiental e certificação *green shooting.* O resultado é um aumento do número de produções internacionais a escolher Portugal, o que dinamiza a indústria local, gera emprego, transfere *know-how* e contribui para a internacionalização do setor audiovisual português. Os incentivos públicos têm desempenhado um papel decisivo na atração e produção de filmes estrangeiros em Portugal, tornando o país um destino cada vez mais competitivo para produções internacionais, tendo Portugal um dos mais competitivos sistemas, que já apoiou 68 projetos de cinema e audiovisual, com um investimento total de 238,1 milhões de euros, dos quais 128,7 milhões de euros foram de investimento estrangeiro. O montante total de incentivo atribuído foi de 64,3 milhões de euros[8]. Quanto ao *Cash Refund*, que foi aplicado pela primeira vez em 2024, dos 20 milhões de euros disponíveis, foram requeridos 11 milhões de euros. Em 2025, já foram requeridos 7,4 milhões de euros, segundo dados do Instituto do Cinema e do Audiovisual (ICA)[9]. Estes incentivos dinamizam a indústria nacional e impactam positivamente a economia regional, divulgando as atrações turísticas, para além de permitirem a transferência de *Know-How* técnico internacional.

1. 2025: Onde jaz o Cinema Português? - Tribuna do Cinema
2. Forte presença de Portugal no Festival de Cinema de Cannes - Notícias - ICA
3. Forte presença de Portugal no Festival de Cinema de Cannes - Notícias - ICA
4. Portugal marcou o 40.º Festival de Cinema em Guadalajara, Oito filmes de produção portuguesa no Festival de Cinema de Guadalajara
5. Calls Europa Criativa MEDIA 2025 abertas - Europa Criativa | CIEC - Centro de Informação Europa Criativa, https://www.coffeepaste.com/artigo/cinema-portugues-em-destaque-no-festival-de-roterdao-2025/ e Presença portuguesa no maior festival de curtas da Europa | e-cultura
6. O futuro do cinema: como os streamings estão redefinindo as regras - Cine Art Café e tc4367-marina-acquaviva-evolucao.pdf
7. Bem-vindo à PFC / PIC Portugal e Abertura de candidaturas ao Pic Portugal – Incentivo à Produção

Apesar do sucesso, foram identificados desafios como critérios de avaliação considerados demasiado genéricos e atrasos nos prazos de aprovação das candidaturas, o que pode afetar a reputação e a atratividade do sistema. O orçamento disponível para incentivos também tem sido rapidamente esgotado, refletindo a elevada procura. Um problema endémico do nosso País, que também se tem manifestado ao nível da execução do PRR. Neste momento, encontram-se abertas candidaturas para 30 concursos, abrangendo escrita, produção, distribuição, exibição, festivais, promoção internacional e coprodução, representando uma dotação total de 30,6 milhões de euros[10]. Este ano a DGArtes anunciou um Apoio Complementar, cujas candidaturas estão abertas até dezembro, no valor de 300.000 euros[11]. Da Declaração Anual constam todos os programas e seus prazos-limite[12]. A Fundação Gulbenkian tem em curso um Programa de Apoio à Internacionalização[13].

Por último, podemos anunciar que em setembro/outubro (na chamada "rentrée") a GEDIPE irá efetuar o lançamento da edição impressa das suas Newsletters, desde 2020 a 2024, com caixa arquivadora, uma edição de luxo para colecionadores, contando com todo o público que tem vindo a acompanhar-nos nesta missão que procura divulgar o que de mais relevante se vai passando no audiovisual, e cujo feedback tem sido muito positivo. Até lá desejamos a todos umas excelentes férias!

8. https://eco.sapo.pt/2023/12/29/fundo-de-apoio-ao-cinema-prolongado-ate-2026-com-dotacao-inicial-de-30-milhoes-de-euros/ Cfr: https://www.planapp.gov.pt/wp-content/uploads/2023/03/CashRebate_LeituraRapida.pdf
9. Acesso a incentivo de 2025 para grandes produções de cinema e audiovisual abre na 2.ª feira - Sportinforma
10. Concursos de Apoio Financeiro ao Cinema e ao Audiovisual para 2025 e Concursos de apoio financeiro ao cinema e audiovisual abriram com 30,6 ME
11. DGArtes: Apoio Complementar Europa Criativa contará com 300 mil euros em 2025 - Europa Criativa | CIEC - Centro de Informação Europa Criativa
12. Declaração Anual 2025_DGARTES_15_01_2025
13. Apoio à Internacionalização – Fundação Calouste Gulbenkian

NOTA DE ATUALIZAÇÃO SOBRE DECISÕES JUDICIAIS

VICTOR CASTRO ROSA

RESPONSÁVEL PELO GABINETE DE ESTUDOS E RELAÇÕES EXTERNAS DA GEDIPE

Numa nota de atualização sobre os Processos em curso relativos à IA, sobretudo nos Estados Unidos, é importante reportar uma decisão do Tribunal Distrital da Califórnia do Norte relativa ao processo instaurado por um conjunto de autores literários, como Richard Kadrey, Sarah Silverman, Michael Chabon e outros (trata-se de uma *Class Action*).

Recorde-se que a META Platforms Inc. foi processada por treinar o seu modelo de IA, conhecido por LLaMA com recurso a diversas obras literárias protegidas por direitos de autor, sem ter obtido as necessárias licenças e nem pago as competentes compensações, prejudicando os criadores intelectuais e violando o exclusivo de exploração, com vista à ampliação da capacidade de resposta do seu produto LLaMA, pelo que visou finalidades lucrativas, de forma consciente e intencional. Os autores pediram uma indemnização legal ou uma compensação baseada nos danos reais provados, consoante venham a escolher e uma providência cautelar que valha para o futuro, impedindo a META de continuar a aproveitar o produto do respetivo trabalho intelectual, e de utilizar as obras protegidas para gerar o que chamam uma obra derivada.

O argumento da obra derivada assenta na alegada impossibilidade de o LLaMA funcionar sem a informação extraída das obras protegidas. Porém os autores não lograram estabelecer uma similitude substancial do *software* do LLaMA com a expressão protegida nas respetivas obras literárias, requisito indispensável para o sucesso do argumento.

A META defendeu, como é regra em todos estes processos, que está ao abrigo do *Fair Use*, ou seja, dentro dos limites do que a lei permite sem violar o Direito de Autor dos criadores intelectuais, exceção que visa permitir o estímulo da criatividade e da originalidade.

Os autores contestaram, argumentando que a reprodução não autorizada levada a cabo pelo LLaMA prejudica a exploração económica e o mercado potencial das suas obras, além de diminuir a possibilidade de licenciamento para treino de modelos de linguagem.

Numa análise preliminar, o Tribunal começou por rejeitar várias das alegações dos autores, nomeadamente, *Vicarious Copyright Infringement* (uma modalidade de responsabilidade indireta, pelo contributo interessado prestado aos atos de terceiros que infringem diretamente os direitos de propriedade intelectual), remoção de DRM e IGD (metadados de gestão de direitos) concorrência desleal, enriquecimento sem causa, negligência, etc.

O tribunal também rejeitou o argumento que o próprio *software* LLaMA era uma obra derivada, com os seguintes fundamentos: uma obra derivada tem de ser uma recriação, uma transformação ou uma adaptação de obras preexistentes o que não era o caso do LLaMA em relação aos livros dos autores; falhou a demonstração de similitude substancial da expressão protegida dos livros dos autores com o LLaMA. A mera extração de informação das obras protegidas não é suficiente para estabelecer que o LLaMA é uma obra derivada destas últimas. Este aspeto pode vir a ser decisivo nas ações contra modelos de IA generativa, embora esteja em causa a utilização ou não do direito de reprodução.

Analisando agora com mais tempo e mais elementos de prova a alegação de violação direta de direitos de autor, que foi a única que subsistiu, o tribunal veio agora, após ter permitido aos autores que ampliassem a queixa para abranger a "distribuição" e o "carregamento" (*upload*) das suas obras, declarar que estes falharam na demonstração do prejuízo ao mercado, ou seja, o quarto fator de ponderação do *Fair Use*, que tem vindo a assumir um papel cada vez mais decisivo, levando a que as decisões judiciais pendam para um ou outro lado. Como sabemos, a análise de *Fair Use* é complexa e envolve a avaliação de quatro fatores: 1) a finalidade e o carácter do uso, 2) a natureza da obra original, 3) a quantidade e substancialidade da parte utilizada, e 4)

o efeito do uso no mercado potencial da obra original. A decisão favorável à META baseou-se em vários fatores que se relacionam com o uso transformativo do material (1.º fator) e a quantidade de material copiado (terceiro fator). Neste caso, o tribunal considerou o seguinte:

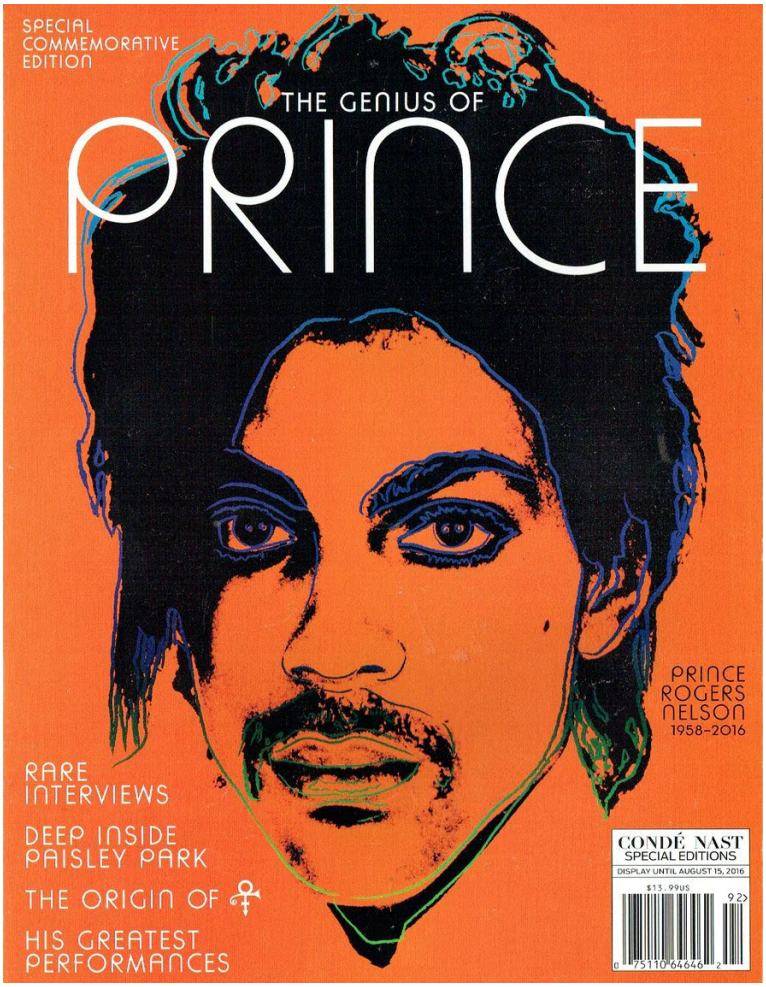
1. O uso feito pela META pode ser considerado transformativo, o que é um aspeto crucial na análise de *Fair Use*. O tribunal observou que a natureza do uso era diferente da original, enfatizando que não se tratava apenas de mera reprodução;

2. O tribunal destacou que as obras copiadas já haviam sido publicadas, o que diminui a força da proteção sobre elas em relação ao *Fair Use*.

3. Embora a META tenha copiado as obras na sua totalidade, o tribunal considerou que a quantidade copiada era razoável e adequada em relação ao propósito transformativo do uso, o que sugere que reproduzir uma obra inteira pode ser justificado se o fim for a produção de um resultado suficientemente diferenciado.

4. O tribunal determinou que não havia evidências suficientes para inferir que a utilização pela META prejudicaria o mercado da obra original (diluição de mercado, pela produção mais barata de obras secundárias ou derivadas concorrentes). O tribunal entendeu que não foi feita prova de que os "outputs" gerados pelo LLaMA permitiriam o acesso a partes significativas das obras originais, o que reduz o risco de substituição direta no mercado. Mas não excluiu que, feita essa prova, ficasse demonstrada a violação de direitos de autor, o que aponta o caminho para futuro[1].

Esta decisão do tribunal sobre o *Fair Use* pode ter implicações significativas para a forma como as empresas de tecnologia utilizam dados e obras protegidas por direitos de autor. A ideia de que o uso transformativo pode justificar o uso de obras protegidas estimula a inovação e o desenvolvimento de novas tecnologias, especialmente em campos como inteligência artificial e de aprendizagem de máquina. Importa, no



entanto, salientar que, o que falhou neste processo, foi a prova do prejuízo para a exploração comercial das obras, na medida em que os autores não lograram fazer prova de que o treino da IA com as suas obras protegidas por direitos de autor tornava mais difícil ou mesmo impossível que continuassem a vender livros ou a licenciar direitos, o que não significa que noutros casos essa prova não seja efetuada.

No fundo, o critério essencial continua a ser o da afetação, real ou potencial, da exploração económica, que é uma prerrogativa exclusiva dos titulares do direito de autor. Tem de haver uma concorrência potencial, como no caso ANDY WARHOL FOUNDATION contra GOLDSMITH *et al.*,[2] em que o Supremo Tribunal Federal considerou que não havia *Fair Use* porque, além de o uso não ser suficientemente transformativo (primeiro fator), havia concorrência com o direito de licenciar a fotografia, que era, basicamente, a mesma, e um original de Lynn Goldsmith.

Por outras palavras, para que haja violação do direito de autor tem de ser feita prova material de que há uma redução efetiva ou potencial na procura da obra original devido ao surgimento de cópias e essas sim, se forem substancialmente similares, poderão ser consideradas como "obras derivadas" e, como tal, obrigar quem for responsável por elas a obter uma licença jusautoral.

O critério da prejudiciabilidade para a exploração comercial, que é, no essencial, o que decorre da chamada Regra dos Três Passos, com origem no art.º 9.º n. 2 da Convenção de Berna, e que o Acordo TRIPS e a Diretiva *InfoSoc* generalizaram a todas as formas de utilização, é também retomado pelo Advogado Geral Emiliou no Caso PELHAM II (C-590/23): no passado dia 17 de junho foi finalmente conhecida a Opinião deste AG, a quem foi atribuído o caso PELHAM II, destinado a definir o âmbito da exceção de "p*astiche*".

1. https://ipkitten.blogspot.com/2025/06/northern-district-of-californias-busy.html
2. Caso n.º 21-869 cuja decisão foi proferida pelo Supremo Tribunal dos EUA em 18.05.2023

Recorde-se que alguns setores da doutrina mais favorável aos utilizadores que aos autores (*Copyleft*) haviam proposto uma definição que abrangesse uma combinação de elementos derivados de qualquer tipo de obra preexistente desde que seja para criar uma obra original, protegida por direitos de autor. Esta definição lata abrangeria o "*sampling*" e o "*remixing*" desde que não constituíssem uma mera imitação ou cópia não criativa das obras preexistentes, e não seria necessária uma intenção específica de usar a exceção de "*pastiche*", que nem sequer é um conceito presente na linguagem normal. Bastaria que pudesse ser reconhecido por um terceiro, ou seja, se, no caso PELHAM I, o critério usado para determinar a licitude do "empréstimo criativo" assentou em saber se a transformação havia ou não tornado o excerto irreconhecível, sendo ilícita a utilização não autorizada de excertos reconhecíveis da obra preexistente, agora a proposta de Piero Casanova, no *Kluwer Copyright Blog* era de que o uso da exceção fosse reconhecível por terceiros, independentemente da intenção do utilizador/criador[3]. Por outras palavras, o que tornaria a utilização ilícita para o TJUE em PELHAM I, ao abrigo de outras exceções, o ser reconhecível, seria justamente o que a legitimaria à luz de PELHAM II, com base na exceção de "*pastiche"*. O autor referia tratar-se de um critério objetivo, em comparação com a análise da intenção do utilizador, geralmente impossível.

O AG Emiliou não vai tão longe, rejeitando o "*pastiche*" como uma categoria residual "*catch-all concept*" mas parece ter sido claramente influenciado por esta proposta de interpretação, pois também considera, pelo menos *de lege ferenda*, que o quadro de exceções e limitações existente na Diretiva *InfoSoc* de 2001 e na Diretiva MUD, é claramente insuficiente e restritiva da criatividade e da reinterpretação artística reclamando como necessária uma redefinição mais alargada do equilíbrio entre a proteção dos direitos de autor e a liberdade de expressão para que o direito de autor se adapte às novas realidades do ambiente artístico e propondo mesmo a introdução de licenças compulsórias e de remuneração equitativa de base legal. Trata-se de uma opinião muito pouco convencional ou ortodoxa que não nos parece que o TJUE deva vir seguir ou adotar[4]. Considera mesmo que o equilíbrio decorrente da Diretiva *InfoSoc* (como é, aliás, o caso PELHAM) não se justifica da mesma forma nos direitos conexos como no Direito de Autor[5].

Embora o AG não proponha a adoção de uma exceção de carácter aberto como é o *Fair Use,* propõe que o TJUE defina "*pastiche*" como uma criação artística que: i) evoca uma obra preexistente adotando a sua linguagem estética distintiva; ii) é notoriamente diferente da mesma obra original preexistente; ii) é intencionalmente reconhecida como uma imitação. Desta forma, só não abrange as puras imitações de estilo e as cópias servis de carácter não criativo, sendo essencial, para o AG Emiliou, que se consiga diferenciar o *"pastiche"* da obra original e que seja facilmente percetível que se trata de uma reinterpretação criativa da mesma. Para o AG, tem de haver uma intenção clara de imitação da parte do utilizador da exceção e essa intenção tem de ser percetível para qualquer pessoa que conheça a obra original e a tenha reconhecido na obra derivada[6].

Este critério torna difícil distinguir o "*pastiche*" do conceito de obra derivada, a qual carece de autorização por parte dos autores da obra preexistente. Esta distinção é fundamental para se poder antecipar e compreender a importância dos contenciosos em curso acerca do tipo de autorização necessária (ou não) para o produto dos modelos de IA generativa.

Importa, para já reter o seguinte: o AG Emiliou, embora defensor de uma revisão do quadro legal europeu de forma a dar mais amplitude à liberdade de expressão criação cultural, considera que as exceções e limitações existentes constituem um espartilho demasiado restritivo no atual momento em que o mundo digital e o metaverso trouxeram uma revolução sem paralelo na inovação e na criatividade, mas recomenda ao Tribunal que o "*pastiche"* seja considerado um conceito autónomo de direito da EU, balizado da forma seguinte:

3. Permissible Pastiche in Pelham II: A proposed response - Kluwer Copyright Blog
4. https://ipkitten.blogspot.com/2025/06/ag-emiliou-advises-cjeu-on-pastiche.htm
5. Processo C-590/23, Opinião do AG, § 111
6. Opinião do AG, §§ 81 a 83, que exclui do âmbito da exceção o "*sampling*" efetuado por PELHAM de *Metall auf Metall* dos *Kraftwerk*, na medida em que não visa recriar o estilo da obra original.

1. Implica uma referência, uma evocação de uma obra preexistente, cuja linguagem estética distintiva adota (outros dirão, a apropriação do *estilo* da obra originária);

2. Manifesta uma diferença notória face à obra originária, pelo que não se confunde;

3. É intencionalmente criado e reconhecido como uma imitação da mesma, pelo que não deverá concorrer e não deve substituir a procura pela obra original;

4. Não precisa de ter finalidades humorísticas, diferentemente da exceção "paródia";

5. O resultado não precisa de ser uma obra original, o que o distingue da obra derivada, contanto que respeite os critérios de distinção e não conflito com aquela;

6. Deve ser utilizado para fins artísticos, mas também pode ter objetivos comerciais;

7. Abrange diversas formas de reutilização artística da obra, como o "*sampling*" e o "*remix*", desde que as mesmas se mantenham dentro dos demais critérios acima.

Em conclusão, o AG Emiliou não considera que a exceção seja de muita valia para o D.A..

Em 25 de junho passado foi também conhecida a opinião do AG Dean Spielmann no Caso C-649/23 (Instituto de História e Teoria Literária Gallinescu v HK, VP e GR) acerca da proteção de uma nova tradução literária de um texto antigo, já em domínio público: se, por um lado, a tradução deve ser fiel à intenção do autor do texto original, existe muito labor e criatividade na forma como o tradutor procura a melhor interpretação para o texto antigo[7].

O AG aconselhou o TJUE a reconhecer que uma obra derivada, como é o caso de uma tradução, pode também ser uma obra original, disso dependendo a sua proteção jusautoral. Assim, uma edição crítica de um texto latino, que não se limita a reproduzi-lo, mas adiciona notas críticas que lhe conferem originalidade, pode ser, ela própria, uma obra nova. A proteção de direitos de autor para obras derivadas depende, justamente, do cumprimento do requisito de originalidade, tal como vem sendo estabelecido pela legislação da UE, o que significa que mesmo uma obra que se baseia em material pré-existente pode ser protegida se for suficientemente original. Nesse caso, não estaremos perante uma mera reedição de informações disponíveis no domínio público. Quando um tradutor cria uma nova versão linguística de uma obra que está no domínio público, a sua criação, conquanto seja uma obra derivada do texto original que traduz, é também protegida pelo Direito de Autor, mesmo que o referido texto esteja em domínio público[8].

Para ser original, a obra deve refletir a "personalidade" do autor e envolver um ato criativo, mesmo que mínimo.[9] A originalidade não requer uma novidade absoluta, mas deve demonstrar uma expressão pessoal que a distingue do trabalho original[10]. O TJUE admite que o trabalho de reconstituição, como no caso de edições críticas de textos, pode ser considerado original se envolver um esforço criativo significativo para reorganizar ou reconstruir partes do material original. Isso inclui a escolha de palavras, a estrutura narrativa e a apresentação visual da nova obra.

7. Contra, Eleonora Rosati, que duvida da liberdade de escolhas criativas num trabalho desta natureza, em que o objetivo é traduzir o mais fielmente possível a intenção do autor da obra original. *cfr.* https://ipkitten.blogspot.com/2025/06/ag-spielmann-advises-cjeu-to-rule-that.html
8. Opinião do AG §§ 48- 51 e 68. No mesmo sentido, Jundal, M. "Are Translations of Public Domain Works Copyrighted?" *Bites Case* (Blog), entrada de 24.01.2024
9. Rosati, E. "Copyright at the CJEU: Back to the start (of copyright protection) *in* HBosher- E. Rosati (eds), *Developments and Directions in Intellectual Property Law 20 Years of the IPKat*, OUP, 2023
10. When is a derivative work original and thus protectable by copyright? Classicist's critical edition makes its way to Luxembourg in fresh Romanian CJEU referral - The IPKat

Sucede que as obras derivadas carecem, em regra, da autorização dos titulares de direitos sobre as obras preexistentes, uma vez que qualquer adaptação ou transformação, incluindo a tradução, implica sempre reprodução, um direito exclusivo do autor originário. A falta dessa autorização pode resultar em violação dos direitos de autor, o que é um crime.

Alguns exemplos comuns de obras derivadas incluem os seguintes:

- Traduções literárias;
- Adaptações de peças teatrais em filmes;
- Reinterpretações de obras de arte (ex.: paródias);
- Edições críticas de textos históricos;
- Compilações de obras com comentários ou análises;
- *Remixes* musicais;
- Obras baseadas em personagens ou universos de outras obras (*remakes,* prequelas, sequelas, etc.);
- Criações que utilizam elementos de obras originais, como grafismos ou *designs.*

A avaliação da contribuição criativa deve ser feita caso a caso, levando em consideração o uso de ferramentas digitais na produção de obras, que não exclui a proteção jusautoral, o que é especialmente importante em contextos de criatividade emergente, tais como NFTs (*Non-Fungible Tokens*) e criações geradas por IA. O critério decisivo continua a ser que as obras reflitam a personalidade do seu autor, o que exige que faça escolhas livres e criativas.

Em 16.01.2023, o Supremo Tribunal Italiano proclamou que as obras digitais também são protegidas pelo Direito de Autor[11], desde que o uso das ferramentas digitais não absorva a criatividade e a liberdade de fazer escolhas, a qual reflete a personalidade do autor. A interpretação do Supremo Tribunal Italiano também se estende à proteção de obras derivadas, que incluem edições críticas e outras formas de trabalho que se baseiam em obras existentes. A decisão sugere que, mesmo as obras que se baseiam em criações anteriores podem ser consideradas originais, desde que apresentem um nível adequado de criatividade e esforço. A evolução do entendimento sobre originalidade e criatividade nas decisões do TJUE, como nos Acórdãos PAINER[12] e BSA[13] é destacada como um passo importante para a proteção adequada das obras criativas.

Como compatibilizar esta doutrina firmada ao longo de tantas e tantas decisões com a nova exceção "*pastiche*", que parece abrir a porta à desnecessidade de autorização por parte dos autores de obras preexistentes para a incorporação das mesmas em novas obras a benefício da criatividade e da inovação? Como ficará, por exemplo, a situação do chamado "direito de sincronização", que foi objeto, aliás de um Acórdão do TJUE no caso ATRESMEDIA[14]? Qual o grau de liberdade criativa que pode justificar-se com o "*pastiche*"?

A jurisprudência do TJUE e a doutrina académica reconhecem que a linha delimitadora entre utilizações de obras originais que carecem de autorização dos titulares de direitos de autor e aquelas que podem beneficiar de exceções depende de critérios objetivos e de uma interpretação restritiva das exceções previstas no artigo 5.º da Diretiva 2001/29/CE.

Segundo o TJUE, a regra geral é que reproduções, transformações ou adaptações de obras protegidas requerem autorização dos titulares de direitos de autor, exceto quando se enquadram em exceções ou limitações legalmente previstas, como as do artigo 5.º da Diretiva 2001/29/CE. O artigo 5.º, n.º 3, alínea k), prevê a exceção para "caricatura, paródia ou *pastiche*". No entanto, estas exceções devem ser interpretadas restritivamente e em conformidade com a chamada "regra dos três passos" do n.º 5 do mesmo

11. https://ipkitten.blogspot.com/2023/02/digital-art-protectable-under-copyright.html sobre uma obra gráfica criada por Lindelokse com recurso a *software* intitulada "*The scent of the night*".
12. Acórdão TJUE de 01.12.2011, Proc.º C-145/10 (Eva-Marie Painer c. Standard Verlag *et al.*) disponível em https://www.gedipe.org/site_gedipe/main/Documento?i=227&s=4
13. Acórdão TJUE de 22.12.2010, Proc.º C-393/09 (*Bezpečnostní softwarová associace c. Ministerstvo kultury*) disponível em https://www.gedipe.org/site_gedipe/main/Documento?i=196&s=4
14. Acórdão TJUE de 18.11.2020, Proc.º C-147/19 (ATRESMEDIA c. AGEDI e AIE) disponível em https://www.gedipe.org/site_gedipe/main/Documento?i=325&s=4

artigo: a utilização deve (i) ser um caso especial, (ii) não prejudicar a exploração normal da obra e (iii) não causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular de direitos.

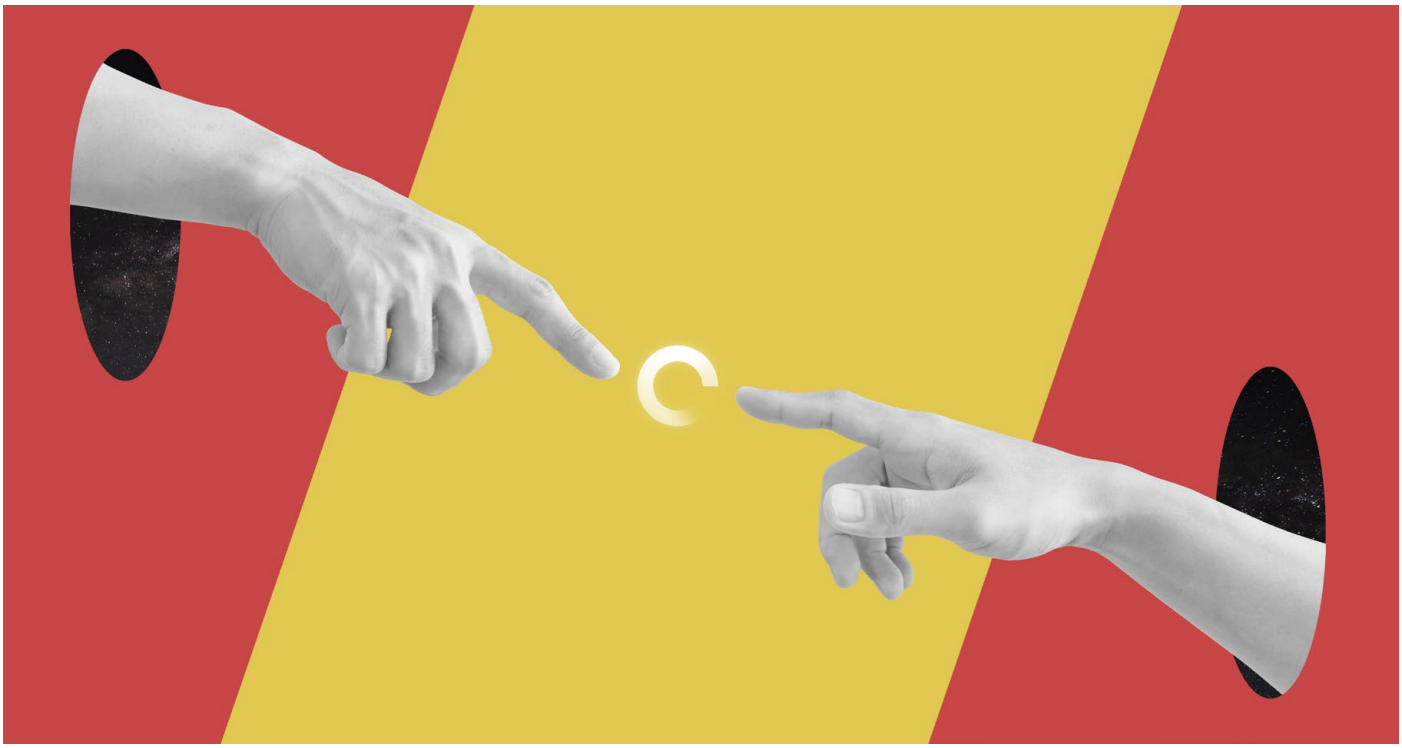
Já vimos que o AG Emiliou aponta para um conceito de "*pastiche*" como uma obra que evoca uma obra preexistente, apresentando diferenças percetíveis relativamente à mesma, mas sem exigir, ao contrário da paródia, um propósito humorístico ou burlesco. Embora o AG apenas pareça exigir como intenção ou finalidade específica a utilização dessa exceção, entendemos que todas as exceções terão um fim, em particular, as três que se contêm na alínea k) do n.º 2 do art.º 5.º (citação, paródia, "*pastiche*").

O conceito de "*pastiche"* envolve uma clara adoção de um estilo alheio, de forma intencional e evidente para homenagear o autor ou a obra original ou para, pelo menos, provocar uma intertextualidade, um diálogo entre a obra presente e a passada, como sugerem as fontes disponíveis[15].

A finalidade atribuída ao beneficiário da exceção "pastiche" pode ser a de confronto artístico, imitação de um estilo ou recombinação de elementos de forma criativa, desde que haja um carácter referencial claro em relação à obra preexistente, não uma apropriação. O conceito é amplo e pode abranger a recombinação de arranjos ou *sampling*, mas sempre exigindo um justo equilíbrio entre os direitos dos autores das obras preexistentes e a liberdade das artes.

Por outro lado, qualquer exceção ou limitação está sempre obrigada a respeitar a regra dos três passos, o que significa que também o *pastiche* terá de ser usado de forma excecional, não recorrente ou generalizado, evitar o prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, por exemplo, o de não ver a sua obra associada ou incluída noutra com finalidades ou motivações ideológicas de que discorde, e não poderá dar azo a uma substituibilidade da obra preexistente ou afetar negativamente o seu valor económico, o que, na prática, limita o "*pastiche"* a uma imitação consciente ou a evocação do estilo de uma obra, autor ou período, distinguindo-o da cópia direta ou da apropriação de elementos criativos alheios. O objetivo do "*pastiche"* deve ser o de homenagear, dialogar ou experimentar estilos anteriores, e não simplesmente reproduzir e plagiar, aproveitando-se da obra preexistente.

A nova obra deve apresentar uma individualidade própria e diferenças percetíveis em relação à obra original, evitando qualquer risco de confusão ou de apropriação da essência criadora da obra protegida, ou seja, o "*pastiche"* não pode ser uma categoria residual ("*catch-all concept*") que legitime todo o qualquer aproveitamento, mas sim uma imitação intencional a título de homenagem, tributo, celebração. O exemplo típico é o dos "*medleys*" musicais, que recriam temas conhecidos, encadeando-os de uma forma original, melódica e harmoniosa, preservando o estilo musical das obras originais. Não pode abranger a mera apropriação e repetição sistemática de acordes ou frases inteiras.



15. Para Carlos Ceia, E-Dicionário de Termos Literários, (blog) entrada de 29.12.2009, etimologicamente derivado da palavra italiana *pasticcio* (massa ou amálgama de elementos compostos) começou por ser pejorativamente aplicado às imitações na pintura, mas viajou para a literatura, "ao aproximar-se da paródia e da sátira, realizando-se num misto de homenagem, sublimando textos antecedentes por forma a mostrar a força e o prestígio da tradição canónica , e de provocação, subvertendo textos antecessores, uma forma de desqualificar o sistema e código vigentes". Para Paulo Varella, no blog ArteREf, entrada de 28 .10.2024, "*Pastiche" descreve uma obra de arte que imita ou homenageia o estilo de outra obra, artista ou período. É uma forma de homenagem que envolve a incorporação consciente de elementos estilísticos de uma obra ou de várias obras, sem a intenção de simplesmente copiar ou reproduzir." (...) "Pode ser uma expressão de apreço, reverência ou uma tentativa de capturar a estética de um determinado movimento artístico.*". Pode também ser uma forma de experimentação estilística, "*proporcionando uma maneira de artistas se conectarem com o passado e explorarem as possibilidades estilísticas dentro do contexto do seu próprio trabalho criativo*." No Dicionário de Conceitos Práticos da IGAC, a entrada "*pastiche*" é definida, e bem, como "*uma técnica artística ou literária em que um criador imita deliberadamente o estilo, a forma ou os elementos de outra obra, muitas vezes como uma homenagem ou paródia. A reprodução, comunicação ao público e colocação à disposição do público de obras por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, para efeito de pastiche é licita sem o consentimento do autor*".

Este objetivo vai além daquele que o AG Emiliou sugere, na medida em que o AG prescinde de uma finalidade específica para a utilização do *pastiche*, além da própria intenção de imitação, admitindo que o uso do *pastiche* apenas resulte identificável para especialistas. Embora concordemos que essa utilização tem de ser objetivamente reconhecível e intencional, acrescentaríamos que o fim tem de ser uma homenagem, um tributo, uma celebração estética ou estilística, não justificativa de uma mera apropriação artística.

Ou seja: o "*pastiche*" exige que seja reconhecível a referência à obra original evocada, pelo estilo adotado, *que é o daquela*, mas a nova criação não pode ser uma mera reprodução da obra preexistente, amalgamada na obra derivada para fins estéticos *desta última*. Deve haver um esforço criativo e um distanciamento suficiente entre ambas as obras para não gerar confusão nem a obra secundária poder substituir a obra original no mercado.

O criador do "*pastiche"* deve imprimir um cunho pessoal e criativo à nova obra, mantendo sempre a evocação da(s) preexistente(s) como fito. A quantidade de material utilizado da obra preexistente deve ser suficiente para permitir a identificação do "*pastiche"*, mas não excessiva a ponto de configurar plágio ou concorrência desleal, os quais serão já ilícitos.

O "*pastiche"* pode ter objetivos variados (homenagem, experimentação estilística, crítica indireta), mas não deve prejudicar a reputação da obra original nem associá-la a mensagens discriminatórias ou ilícitas, sob pena de violar os interesses legítimos do autor.

Só desta forma se poderá estabelecer uma distinção entre obras derivadas, que carecem de autorização jusautoral dos autores das obras preexistentes, e as beneficiárias da exceção "*pastiche",* em linha com a regra dos três passos, que aqui se torna novamente decisiva.

Esperemos, pois, que a decisão final do Processo PELHAM II não venha diluir ainda mais esta distinção essencial, e admitir que toda e qualquer apropriação de material criativo é "*pastiche", o* que poderia ter consequências desastrosas, em particular, no mundo digital.

Propriedade:
GEDIPE - Associação para a Gestão Coletiva de Direitos de Autor e de Produtores Cinematográficos e Audiovisuais, Pessoa coletiva: n.º 504 229 290

Sede Social:
Av. Infante D. Henrique, n.º306, Lote 6, 1.º andar, 1950-421 LISBOA

Diretor:
António Paulo Santos
paulo.santos@gedipe.org

Redator Principal:
Victor Castro Rosa
victor.rosa@gedipe.org

Edição, imagens e composição gráfico:
LPM Comunicação
Av. Infante Dom Henrique 333H, 1800-282 Lisboa

Tel: +351 218 400 187/8 | Fax: +351 218 463 735 | info@gedipe.org | gedipe.org