

DIREITOS DE AUTOR, CÓDIGOS TECNOLÓGICOS E A LEI MILÉNIO DIGITAL*

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: 1. A Digital Millennium Copyright Act (DMCA) e os novos Tratados da OMPI. 2. As medidas de carácter tecnológico: protecção jurídica contra a neutralização de medidas tecnológicas de protecção e da integridade da informação para gestão dos direitos de autor. 3. A Lei da Criminalidade Informática. 4. As sanções da DMCA. 4. A Directiva Bases de Dados e a admirável "propriedade tecnodigital". 5. A Proposta de Directiva sobre direito de autor e direitos conexos na Sociedade de Informação. 6. O direito de autor como "a propósito" da criação de meros direitos de exploração de informação. 7. A Função social do direito de autor. 8. Direito de reprodução e direito de acesso. 9. A descompilação (reverse engineering) de programas de computador e a inter operabilidade de dados nas redes electrónicas globais. 10. O comércio electrónico na internet de conteúdos informativos e o mercado de serviços de acesso condicional. 11. O emergente acervo comunitário do direito da sociedade da informação. 12. Os privilégios de impressão e o direito de autor.

Anexo - Análise Sumária da Lei Estadunidense dos Direitos de Autor no Milénio Digital ("The Digital Millennium Copyright Act of 1998"). § I. Apresentação. § II. Implementação dos Tratados OMPI: A. Contornamento de Medidas Tecnológicas de Protecção; B. Integridade da Informação para Gestão dos Direitos de Autor; C. Sanções. § III. Responsabilidade dos Prestadores de Serviços em Linha: A. Tipologia e Condições Gerais; B. Comunicações Transitórias ("mere conduit"); C. "Memória Tampão" ("system caching"); D. Informação Residente; E. Utensílios de Localização de Informação ("browsers" e outros agentes electrónicos); F. Responsabilidade de Instituições de Ensino Não Lucrativas. § IV. Manutenção ou Reparação de Computadores. § V. Vários.

1. Este texto versa sobre a *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)¹. Esta Lei implementa os Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual aprovados em Dezembro de 1996, em Genebra². Nessa medida, introduz medidas de carácter tecnológico, que se traduzem na protecção jurídica contra o contornamento de medidas tecnológicas de protecção. Prevê também um regime de protecção da integridade da informação para gestão dos direitos de autor. Além disso, entre outros aspectos, contém regras detalhadas sobre os limites à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha e prevê certas excepções à proibição do contornamento de medidas tecnológicas de protecção em favor de arquivos, bibliotecas e instituições de ensino não lucrativas.³

* *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXV, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999, pp. 475-521 (texto elaborado a partir da Comunicação apresentada, no dia 20 de Abril de 1999, ao Colóquio *Os Direitos de Autor no Mundo Digital*, organizado pelo Curso de Especialização em Ciências Documentais da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, em Coimbra).

¹ "The Digital Millennium Copyright Act", Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

² Tratado OMPI sobre Direito de Autor e Tratado OMPI sobre Prestações e Fonogramas, adoptados pela Conferência Diplomática de Genebra, em Dezembro de 1996.

³ Para uma análise mais pormenorizada da DMCA veja-se a descrição sumária que juntamos em Anexo e, especialmente, J. Ginsburg, *Chronique des États-Unis*, RIDA 1999, p. 142 ss.

2. Em ordem a despertar a curiosidade por esta lei, começo por referir as sanções. Não porque julgue que estas sanções tenham apenas um efeito dissuasor, mas porque entendo que a nossa lei já conterà soluções senão tão gravosas pelo menos algo semelhantes. Convido à leitura do art. 7.º da Lei da Criminalidade Informática, que já data de 1991⁴. Refere-se esta norma, justamente, ao acesso ilegítimo a bases de dados, sendo que se esse acesso ilegítimo for feito com violação de regras de segurança, a pena de prisão poderá ascender a três anos ou multa equivalente.

Mas então que sanções consagra a DMCA que irão dissuadir os “hackers” ou todos aqueles que querem ler, ouvir ou ver sem pagar? Esta questão remete-nos, aliás, para uma problemática muito actual, que não tem apenas a ver com a exploração tradicional das obras. O nosso Código⁵ define o direito patrimonial de autor em termos muito amplos, abrangendo todas as utilizações, presentes ou futuras, previstas ou não na lei. Atente-se, a este propósito, numa distinção que operámos na Dissertação de Mestrado⁶ entre utilidades primárias e utilidades mercantis da obra. A utilidade primária de uma obra, seja por exemplo uma música, um texto ou um filme, é ser ouvida, ser lida ou ser vista, respectivamente. Esta é a utilidade primária da obra, e o gozo que esta utilidade proporciona parece estar actualmente a ser objecto de regulamentação. Ou seja, já não se trata apenas de regulamentar as utilidades mercantis da obra. Não se trata apenas de saber se ao autor é reservada, por exemplo, a edição, a radiodifusão ou a comunicação em linha na Internet. Trata-se de saber se a utilidade primária que a obra proporciona está ou não abrangida nos poderes do direito de autor.

Em nossa opinião, não deverá ser proibida a audição, a leitura ou o visionamento, uma vez que o autor tenha divulgado a obra ao público. Isto decorre de um princípio mestre do sistema jurídico que é o livre fluxo da informação, para além da insusceptibilidade de prova do gozo intelectual⁷. No entanto, mais uma vez, o direito de autor vai regular as actividades que permitem o acesso a esse gozo, isto é, que permitem proporcionar o gozo das utilidades primárias da obra. Senão vejamos.

E com isto regressamos à nova Lei norte-americana. Dispõe que quem violar um dispositivo tecnológico que impede o acesso a um conteúdo protegido pelo direito de autor e não estiver para o efeito autorizado, ficará sujeito a uma multa de 500 mil dólares

⁴ Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto.

⁵ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, e alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de Setembro, e n.º 114/91, de 3 de Setembro e pelos Decretos-Lei n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro.

⁶ *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra 1998, § 29. Patrimonialidade e Direito de Utilização.

⁷ Veja-se D. Nimmer, *Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age*, Harvard JOLT 1996, p. 1 ss; veja-se também o nosso *Internet, direito de autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Coimbra: IJC, 1999, p. 270.

ou pena de prisão até cinco anos. Em caso de reincidência, as penas ascendem para 1 milhão de dólares ou 10 anos de prisão⁸.

3. Assim sendo, suponhamos que alguém que trabalha num arquivo, numa biblioteca ou numa instituição de ensino não lucrativa pretende ter acesso a uma base de dados disponível na Internet, mas não tem a chave de acesso. Porém, conhece uma terceira pessoa que lhe faculta uma “chave-falsa”, a qual vai dissimular a medida de protecção utilizada para controlar o acesso à base de dados. Para saber se tem interesse na base de dados, o arquivista ou bibliotecário utiliza essa chave para “espreitar” a base. Estará sujeito às referidas sanções?

Esta Lei também prevê excepções, em especial para as bibliotecas e para os arquivos. E, neste domínio, é uma Lei que vai mais longe do que a política prosseguida pela Directiva Bases de Dados⁹, que institui o que podemos chamar uma forma de propriedade tecnodigital. Aqui já não há direito de autor. Não quero com isto dizer que os direitos de autor morreram. Não é meu propósito compor um requiem ao direito de autor na Era dos computadores digitais nem fazer um elogio à sua natureza metamorfósica ou mutante¹⁰.

Não obstante, foram atribuídos na ordem jurídica direitos exclusivos de exploração económica, cujo pressuposto já não é a criação intelectual. Aliás, já assim se passava com uma variada gama de direitos conexos. Mas este direito *sui generis* do produtor de bases de dados fere um princípio tradicional, nos termos do qual os direitos conexos não podem proibir o que o direito de autor permite. Ora, justamente, as excepções deste direito *sui generis* instituído na Directiva Bases de Dados não respeitam as excepções tradicionais para fins de interesse geral. Tradicionalmente, o direito de autor comporta excepções para efeitos de arquivo, bibliotecas, centros de documentação, nomeadamente. Ora, estas excepções só dificilmente se podem ver contempladas no direito *sui generis*.

A importância do que fica dito compreende-se se tivermos em conta que a Proposta de Directiva sobre direito de autor e direitos conexos na Sociedade de Informação¹¹, à semelhança da nova Lei norte-americana, destina-se, em larga medida, a implementar os novos Tratados da OMPI. Nesse sentido, define como infracção o acesso não autorizado a uma base de dados por via do contornamento dos mecanismos tecnológicos de protecção.

⁸ Este regime só entra em vigor em Outubro do ano 2000.

⁹ Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados. Uma proposta semelhante de Tratado Internacional não foi aprovada pela Conferência Diplomática da OMPI de Dezembro de 1996, em Genebra.

¹⁰ Cfr. H. Perritt, *Law and the Information Superhighway*, New York, 1996, p. 465 s.

¹¹ Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação [COM(97) 628 final, 10.12.1997], entretanto alterada [COM(99) 250 final]. Para os trabalhos preparatórios, veja-se o Livro Verde da Comissão, *O direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*, COM(95), 382 final, e o respectivo *Seguimento*, COM(96) 568 final.

Assim, temos um direito de proibir o acesso e a protecção jurídica das medidas tecnológicas que reforçam esse direito. Mas isto levanta uma série de questões. Por exemplo, *quid iuris* se a base de dados for constituída pura e simplesmente por informações do domínio público?

Hoje está em causa a noção de domínio público. Não é só por causa dos prazos legais de protecção instituídos pela Directiva Duração de Protecção¹², que consagrou o princípio dos 70 anos *post mortem auctoris*, no que foi seguida pelo legislador norte-americano em finais de 1998. A verdade é que com este direito *sui generis*, que se renova automaticamente com a realização de um investimento substancial na (re)produção da base, o domínio público parece ser eclipsado. Em especial se atendermos ao regime a que inclusivamente os utilizadores legítimos estarão sujeitos, no que respeita aos actos de extracção e re-utilização do conteúdo das bases de dados, falando-se na “fobia” do utilizador.

4. Destas considerações não se extraia, porém, uma perspectiva pessimista da nossa parte¹³. Não pretendendo fazer um mero relato da lei, propomos uma abordagem de crítica moderada em relação a algumas soluções, uma vez que atingem funções de interesse geral que o direito de autor tradicionalmente prossegue.

Por um lado, o esforço de “reconceptualização” do direito de autor¹⁴ deverá ter sempre presente que a *raison d'être* deste instituto gravita em torno do criador, sob pena de cairmos no anunciado “Urheberrecht ohne Urheber” e na transformação do direito de autor num mero direito da indústria¹⁵. Por outro lado, se a razão de ser desta admirável propriedade tecnodigital é o direito de autor, ou seja, se é “a propósito” do direito de autor que se instituem meros direitos de exploração de informação ou se atribuem direitos de propriedade de informação (“*Informationseigentum*”¹⁶), então deveria ser respeitado “a propósito”. E justamente o “a propósito” tem uma função social muito importante.

Os arquivistas e os bibliotecários contam-se entre os principais representantes dessa função social da propriedade intelectual. São os centros de arquivo que têm uma função fundamental em termos de preservação da memória histórica e cultural das comunidades. Ao mesmo tempo as bibliotecas são muito importantes para o acesso público a livros, filmes, músicas e outros conteúdos informativos, incluindo os programas de computador e

¹² Directiva 93/98/CEE do Conselho de 29 de Outubro de 1993 relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos.

¹³ Cfr. P. Goldstein, *Copyright's Highway: The Law and Gore of Copyright from Gutenberg to the Celestial Box*, New York, 1994, p. 28.

¹⁴ Vide A. Christie, *Reconceptualising Copyright in the Digital Era*, *European Intellectual Property Review* 1995, p. 522 s.

¹⁵ Cfr. G. Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft* (Von Thomas Dreier, Katzenberger, Silke v. Lewinski, Gerhard Schricker), Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 142.

¹⁶ A. Wiebe, *Information als Schutzgegenstand im System des geistigen Eigentums*, in Fiedler/Ullrich (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, Köln, 1997, p. 107.

os sistemas multimedia. Há aqui um interesse público que não deveria ser sujeito a mera contabilização ou a medidas de cálculo.

Com efeito, “assim como não há que falar de uma propriedade absoluta, também é deslocado partir do pressuposto de um direito de autor ilimitado.”¹⁷ Um limite crucial do direito de autor prende-se com o livre fluxo da informação, em ordem à promoção da ciência, da investigação, da educação, do acesso público à informação e, em última análise, da própria democracia¹⁸. Sendo o direito de autor uma forma de apropriação de informação, constitui um desvio ao princípio do livre fluxo de informação, segundo o qual “numa sociedade livre de um princípio fundamental decorre, que a liberdade de transmissão de informação subsiste.”¹⁹

Este princípio não parece obstar a que os titulares de direitos de autor não sejam proibidos de tapar o acesso às suas obras, utilizando a tecnologia para as proteger. Contudo, também não deveriam poder impedir terceiros de contornar as suas barreiras tecnológicas para a prática de actos cuja licitude não depende de autorização do titular de direitos. De outro modo, o mero acto de codificação tecnológica da obra através de aplicações criptográficas e da estenografia atribuiria “magicamente” aos titulares de direitos mais poderes contra o público em geral do que aqueles que os direitos de autor concedem.²⁰

As leis parecem evoluir na pressuposição de que os cidadãos têm poder de compra e, nessa medida, podem pagar os conteúdos informativos que consomem, tal como pagam a electricidade e o telefone. E, cumpre perguntar neste ponto, a quem ou a que grupos empresariais aproveitam as isenções, isto é, os limites de responsabilidade dos prestadores de serviços em linha no que respeita à prática de actos como o *caching*, o *browsing*, o *mere conduit*²¹. O utilizador final fica sujeito a controlo, uma vez que a cópia privada parece ser proibida no ambiente digital, nos termos da Directiva Programas de Computador²², da a Directiva Bases de Dados, e da Proposta alterada relativamente aos conteúdos encriptados²³.

¹⁷ J. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, 1992, p. 212.

¹⁸ Cfr. N. Netanel, *Copyright and Democratic Civil Society*, Yale LJ 1996, p. 283 ss.

¹⁹ W. Zoellner, *Informationsordnung und Recht*, Berlin, 1990, p. 29.

²⁰ Cfr. J. Cohen, *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 161.

²¹ Sobre o problema “horizontal” da responsabilidade dos intermediários veja-se, a nível comunitário, a Proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos jurídicos do comércio electrónico no mercado interno [COM(99) 427 final]. Para uma apreciação da proposta inicial [COM(98) 297 final], com mais referências, poderá ver-se o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Segurança Jurídica*, Coimbra: Almedina, 1999.

²² Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, transposta pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro.

²³ Proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação [COM(99) 250 final].

O controlo a que estão sujeitos os utilizadores finais assume especial importância no quadro da DMCA. Dispõe que os prestadores de serviços em linha não têm que fiscalizar as contas dos utilizadores. Seria, aliás, uma intromissão na sua privacidade. Mas, se perguntarmos pelas sanções à prática dessa fiscalização não as encontramos nesta Lei. Pelo contrário, em certos casos até se prevê um procedimento nos termos do qual os prestadores de serviços em linha ficam obrigados a comunicar informações às entidades de supervisão, ou seja, à polícia do ciberespaço. Sendo que essas informações terão valor probatório das infracções cometidas, uma vez que registam, por exemplo, todos os acessos de que um sítio tenha sido objecto. E, justamente, o acesso só será permitido, em princípio, com autorização do titular de direitos.

5. Assim, a questão está em saber qual o espaço deixado aos fins de interesse geral. Os Tratados OMPI ressalvam, nas respectivas Declarações Acordadas, a possibilidade de os Estados manterem e até introduzirem novas excepções ao direito de autor adequadas ao ambiente digital, na medida em que respeitem a chamada regra dos três graus prevista no Art. 9.º, 2, da Convenção de Berna (Acto de Paris, 1971). A Proposta de Directiva sobre o direito autor na Sociedade da Informação vem limitar a um quadro opcional e taxativo as excepções permitidas.

Uma excepção particularmente importante é a chamada excepção para fins de arquivo, que o nosso Código contempla no ambiente analógico. Porém, a sua admissibilidade no ambiente digital foi uma questão muito discutida. Numa primeira leitura, feita no célebre Livro Branco estadunidense²⁴, a solução foi não permitir os Arquivos Digitais. A Lei de então não teria sido feita para abranger o paradigma tecnológico emergente, sendo que as excepções tradicionais não poderiam ser aplicadas por analogia no novo ambiente digital, em razão, justamente, da sua natureza excepcional. Em suma, os arquivos digitais não seriam permitidos em virtude de não serem previstos na Lei.

Nos EUA, o debate continuou e a DMCA veio permitir a realização de arquivos digitais em certos termos. Na Europa, segundo uma leitura inteligente da Proposta, parecia razoável concluir que os arquivos seriam assimiláveis às bibliotecas não lucrativas. A Proposta mencionava instituições de interesse geral, referindo-se às bibliotecas em termos exemplificativos, mediante a técnica "tais como". Assim, eventualmente, para além das bibliotecas, dos arquivos e dos centros de documentação, ainda poderiam existir outras instituições. Todavia, seguindo a máxima *in claris non fit interpretatio*, o Parlamento alterou a Proposta no sentido de referir expressamente os arquivos. Terá sido tida em

²⁴ *Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Bruce Lehman, Ronald Brown, September 1995.

conta a sua importante função de preservação da memória histórica cultural, bem como a necessidade de permitir a estas instituições a utilização das tecnologias informáticas.

6. A respeito dos arquivos e das bibliotecas é de referir que a DMCA vem contemplar algumas respostas a esta problemática. Para começar, institui uma isenção para bibliotecas não lucrativas e arquivos. A § 404 DMCA altera a isenção para as bibliotecas não lucrativas e arquivos constante da § 108 do “Copyright Act” no sentido de abranger as tecnologias digitais e processos emergentes de preservação.

Antes da aprovação da DMCA a § 108 permitia a tais bibliotecas e arquivos a realização de uma cópia analógica fac-simile (ou seja, não digital) de uma obra para fins de preservação e empréstimo interbibliotecário. Nos termos da alteração aprovada, a § 108 permitirá a realização de até 3 cópias, que podem ser feitas sob forma digital, na medida em que as cópias digitais não sejam colocadas à disposição do público fora das instalações da biblioteca.

Além disso, nos termos da alteração, é permitida a cópia de obra num novo formato se o formato original se tornar obsoleto, ou seja, se a máquina ou dispositivo utilizado para tornar a obra perceptível já não for produzido ou já não estiver disponível, em termos razoáveis, no mercado.

7. Ainda em matéria de excepções interessa referir um outro problema, que se prende com a pergunta acima levantada. O acesso não autorizado por uma destas instituições mediante contornamento de medidas de controlo de acesso será punido nos termos referidos?

A DMCA vem proibir o contornamento de medidas tecnológicas que impedem o acesso às obras. Não se trata apenas de proibir as actividades de produção, distribuição e comercialização de dispositivos de contornamento, incluindo a prestação de serviços. O próprio acto de contornamento é objecto de proibição em certas circunstâncias.

Todavia, distinguem-se duas situações. Se esse contornamento consiste em remover, suprimir, eliminar ou dissimular uma medida tecnológica que impede a reprodução da obra — entendido o termo reprodução em sentido amplo abrangendo outras formas de exploração como a comunicação ao público —, nestas circunstâncias o acto de contornamento não é proibido, em razão de a reprodução poder ser autorizada pela Lei, nomeadamente através da cláusula de *fair use*. Mas, se esse contornamento elimina, suprime, neutraliza ou dissimula um dispositivo que impede o acesso às obras, então o acto de contornamento já é proibido. O princípio é, agora, o inverso, uma vez que os actos tradicionalmente autorizados destinam-se a operações de reprodução e não de acesso.

Esta distinção entre reprodução e acesso é da máxima importância. Com efeito, os actos de acesso passam a integrar o exclusivo do direito de autor, sem estarem sujeitos porém às excepções moldadas em torno da categoria reprodução, em especial o princípio de *fair use*. O controlo do acesso passa a ser reservado ao titular de direitos. Qualquer acesso não autorizado por meios de contornamento de “tecnologias seguras” passa a ser, em princípio, um acto proibido e sujeito às sanções *supra* mencionadas.

8. Não obstante, é prevista uma lista taxativa de excepções ao princípio da proibição do contornamento de medidas tecnológicas que impedem o acesso²⁵. Estas excepções destinam-se a permitir o acesso mediante dispositivos de contornamento de medidas tecnológicas de controlo de acesso, independentemente de autorização do titular dos direitos. Pela sua importância, interessa analisar seis destas excepções.

8.1. Para começar, é instituída uma excepção a favor das instituições de educação, arquivos ou bibliotecas não lucrativas. Na realidade, a proibição do acto de contornamento de medidas de controlo de acesso é sujeita a uma excepção que permite às bibliotecas não lucrativas, aos arquivos e às instituições de ensino contornar apenas para o fim de realizar de boa fé uma determinação quanto a saber se pretendem obter acesso autorizado à obra. Ou seja, a DMCA permite que estas instituições acedam de boa fé aos conteúdos disponíveis na rede sem necessidade de autorização do titular de direitos em ordem a determinar se estas Instituições pretendem obter acesso autorizado às obras.

Além disso, as bibliotecas não lucrativas, os arquivos e as instituições de ensino são inteiramente isentas de responsabilidade criminal. Um dos pressupostos da aplicação das referidas sanções criminais é a prática daqueles actos com dolo e com fins de vantagem comercial ou ganho financeiro privado. Esta índole intencional parece ser estranha à natureza daquelas instituições.

Depois, estas instituições terão ainda direito à completa remissão da indemnização por danos quando provarem que não sabiam e que não tinham qualquer razão para saber que os seus actos constituíam uma infracção. Fora dessas circunstâncias, responderão civilmente.

8.2. Uma outra excepção que é prevista diz respeito à descompilação ou engenharia regressiva. Esta excepção permite o contornamento e o desenvolvimento de meios tecnológicos necessários para esse contornamento por uma pessoa que tenha lícitamente

²⁵ Para uma crítica a esta solução, no sentido de permitir uma excepção mais abrangente de actos de acesso para “other legitimate purposes”, vide P. Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, Berkeley Tech. LJ 1999, p. 520 ss.

adquirido o direito de utilizar uma cópia de um programa de computador, se o fizer apenas com o propósito de identificar e analisar elementos do programa necessários para alcançar a interoperabilidade com outros programas, na medida em que tais actos sejam permitidos pela lei dos direitos de autor.

A importância desta excepção para fins de descompilação justifica que lhe dediquemos um pouco mais de atenção²⁶. Na realidade, no direito europeu a descompilação de programas de computador tinha sido permitida nos termos do art. 6.º da Directiva Programas de Computador²⁷. O fim desta faculdade de descompilação era justamente permitir e promover a interoperabilidade de sistemas informáticos, definida amplamente como a capacidade de trocar e receber informações²⁸.

Nos EUA, a lei do *copyright* não consagrava uma faculdade de descompilação. Não obstante, a Jurisprudência deste país firmou numa série de casos a faculdade de *reverse engineering* para fins de interoperabilidade, considerando que se tratava de uma forma de *fair use*. Contudo, tratava-se de uma elaboração jurisprudencial de índole casuística, cuja aplicação a novas formas de exploração de obras no ambiente digital poderia não ser justificada²⁹.

Além disso, uma questão muito actual prende-se com a nova linguagem de programação *Java Script*. Esta linguagem permite escrever directamente na rede, tirando partido de todas as vantagens da interactividade do ambiente digital, como sejam as ligações e reenvios entre documentos (*linking*). Trata-se de um novo código informático que ameaça perturbar o equilíbrio de interesses em matéria de formatos reservados.

Com efeito, tradicionalmente os documentos são escritos num formato reservado mediante utilização de um processador de texto. Para serem utilizados noutra ambiente operativo esses documentos carecem de conversão. Foi por essa razão que a "Apple Macintosh" facultou o acesso do código-fonte do seu sistema operativo à "Microsoft". Apesar de o sistema operativo "Apple" ser o mais desejado, deparou com facto de os documentos electrónicos já produzidos em computadores pessoais encontrarem-se sob formato "Microsoft Word". Assim, em ordem a permitir a interoperabilidade do seu sistema operativo com este processador de texto (e outras aplicações) fortemente enraizado no mercado, a "Apple" permitiu à "Microsoft" a utilização do código-fonte do seu

²⁶ Sobre esta questão, veja-se, desenvolvidamente, o nosso *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra 1998, § 52. Descompilação e Interoperabilidade (algoritmos e dados).

²⁷ Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho de 14 de Maio de 1991 relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

²⁸ Cfr. M. Lehmann, *Die europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen*, in M. Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., Köln: Schmidt, 1993, p. 4.

²⁹ Cfr. N. Smith, *Copyright and Technical Protection Devices (USA)*, in M. Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace: Copyright and the Global Information Infrastructure*, ALAI, Amsterdam: Cramwinckel, 1997, p. 419; P. Samuelson, *The Information Society and the Role of Copyright in It*, IIP, 1998, p. 12 s.

sistema operativo. Essa terá sido a razão que permitiu a esta última empresa o desenvolvimento julgado lícito do sistema operativo "Windows", o qual, apesar da sua equivalência funcional, não viola direitos de autor em razão da dissemelhança quanto à forma de expressão. Além disso, não violava a protecção dos segredos uma vez que foi a própria "Apple" que comunicou à "Microsoft" o código-fonte do seu sistema.

O problema põe-se de novo, *mutatis mutandis*, na Internet. A nova linguagem de programação Java permite tirar partido da interactividade do ambiente em rede sem necessidade de conversores de formatos. A utilização de formatos reservados constituirá um obstáculo à interoperabilidade na rede. Ao permitir a faculdade de descompilação, a DMCA parece remover obstáculos jurídicos que de outro modo se poderiam colocar. Por outro lado, esta solução parece ter em conta — e ao mesmo tempo parece contribuir para — a erosão da distinção entre documentos e programas no ambiente digital em rede, promovendo a interoperabilidade informática em sentido amplo.

Aliás, será importante referir a este propósito que algumas empresas, incluindo a "Apple", adoptaram como política a divulgação dos códigos-fonte dos seus sistemas. Trata-se de uma medida algo inesperada mas ao mesmo tempo compreensível. Na verdade, por um lado, esses códigos constituem o segredo das empresas informáticas. São, por isso, a "alma" deste negócio. Pelo que a sua divulgação pública equivale à destruição dos segredos de programação. Assim sendo, parece algo difícil de entender as razões que levam estas empresas a tornar públicos os seus segredos de programação.

Contudo, por outro lado, esta medida compreende-se como uma forma de promoção da utilização destes códigos de programação, em ordem a alargar o círculo de programadores que escrevem *software* compatível com os seus sistemas. A lógica parece ser evitar que um concorrente se aproprie deste novo código de programação e assim elimine todas as possibilidades de concorrência no mercado dos formatos reservados.

Uma outra razão que poderá estar por detrás desta *full disclosure* prende-se com a prática jurisprudencial deste país. Na realidade, os Tribunais seguiram literalmente o comando legislativo de proteger os programas de computador como obras literárias. Nessa medida, aplicaram doutrinas e princípios de determinação da originalidade dos programas de computador em termos semelhantes aos que são válidos para as obras literárias tradicionais. Em especial é de referir o apelo à dicotomia ideia-expressão, em razão da qual os elementos funcionais dos programas não seriam protegidos em virtude de a forma de expressão ser, em regra, ditada por factores de eficiência³⁰.

³⁰ Vide, desenvolvidamente, J. Drexler, *What is Protected in a Computer Program? Copyright Protection in the United States and Europe*, New York: VCH, 1994, *passim*.

Ou seja, em ordem a produzir um determinado resultado os programadores utilizam rotinas de programação que acabam por se fundir com métodos ou processos funcionais, os quais não serão protegidos por falta de originalidade. Nessa medida, a protecção dos programas de computador enquanto obras literárias acabaria por se traduzir, no essencial, na não protecção dos programas de computador pelo direito de autor, cumprindo-se a "profecia" de Autores críticos ao "copyright approach"³¹. Os defensores da protecção dos programas de computador pelos direitos de autor criticaram vivamente tal orientação da casuística jurisprudencial³², chegando-se mesmo a apelar à sua correcção no sentido da protecção da "expressão funcional"³³. Nesta última perspectiva, os fundamentos tradicionais do instituto são postos em causa a partir de uma análise dos casos em que sobressai que o que era dado por adquirido (protecção de programas de computador) terá sido retirado pelos tribunais de acordo com a lei (feita a partir da experiência judicial), com fundamento na dicotomia forma-factos/expressão-originalidade (*Lotus v. Borland*, 1995; *Feist Pub. v. Rural Tel.*, 1991). Com isso pretendeu-se demonstrar as insuficiências, quer da justificação do direito de autor como direito "natural" do autor, quer da justificação do direito de autor como instrumento de promoção da produção e disseminação de obras de autoria. Com efeito, estas justificações dependeriam de uma convenção que se destinariam a explicar, mas, como resultaria dos exemplos analisados, já não explicariam. Todavia, essas convenções estariam enraizadas na "natureza das coisas", pelo que, em ordem a salvaguardar a sua validade seria necessário "disciplinar" a jurisprudência.

Nesta perspectiva, o direito de autor não estaria a servir o fim constitucional de promover o progresso da ciência. Primeiro, porque a jurisprudência recusa protecção aos aspectos funcionais dos programas de computador não promovendo as novas formas de expressão criativa. E isto por duas razões. Por um lado, porque a concretização da dicotomia ideia/expressão (*Lotus v. Borland*) deixaria de fora os aspectos mais importantes dos programas de computador (algoritmos, lógica, ou, de um modo geral, saber-fazer de programação informática). Por outro lado, ainda permitiria a descompilação dos programas para fins de interoperabilidade, justificando com base no princípio de *fair use* a licitude da reprodução e da tradução do programa com vista à obtenção das necessárias informações, deixando a descoberto o que a protecção remanescente da expressão não funcional ainda protegia. Segundo, porque a

³¹ Cfr. P. Goldstein, *Computer-Assisted and Computer-Generated Works*, in *L'informatique et le droit d'auteur*, ALAI, Cowansville: Yvon Blais, 1989, p. 542; veja-se também P. Samuelson / R. Davis / M. Kapor / J. Reichmann, *A Manifesto on the Legal Protection for Computer Programs*, Columbia LR 1994, p. 2318.

³² Cfr. A. Miller, *Copyright Protection for Computer Programs, Databases and Computer-Generated Works*, Harvard LR 1993, p. 993 ss.

³³ Cfr. L. Weinreb, *Copyright for Functional Expression*, Harvard LR 1998, p. 1160, e *passim*.

jurisprudência com base de novo na distinção entre forma de expressão e conteúdo ideativo, funcional e factual, deixaria desprotegido este último se aquela não fosse original, por entender que o direito de autor não se destina a proteger factos e exige um “modicum of creativity” que não o mero “suor na testa” (*Feist v. Rural Tel.*)

Em vista disto, o Autor dirige-se à entidade legislativa no sentido da eliminação da “penumbra” da terminologia legal, parecendo sugerir a limitação da dicotomia expressão-ideia para permitir a protecção de aspectos funcionais dos programas de computador e a protecção de bases de dados não originais; além disso, parece apelar à intervenção legislativa na definição clara do princípio de *fair use*, senão mesmo à sua irradicação, cortando, assim, “o mal pela raiz”. Em duas palavras, o Autor apela para a consagração de um regime *sui generis* em relação aos programas de computador e às bases de dados, regime esse que estaria “livre” de discriminação de elementos funcionais e de avaliações de *fair use*.

A seu favor terá dois fortes argumentos. Primeiro, a UE já adoptou um regime *sui generis* cuja aplicação a “não europeus” fica sujeita à reciprocidade material ou a acordos especiais; o que, apesar de ser problemática a conformidade desta regra em relação à Convenção de Paris *via* Acordo ADPIC, colocará os produtores de bases de dados estadunidenses em desvantagem concorrencial no mercado dos produtos e serviços de informação. Uma primeira proposta de direito *sui generis* não foi aprovada neste país — estando em discussão actualmente o *Collections of Information Antipiracy Act* (Oct. 9, 1997) —, também não tendo passado na Conferência de Genebra a Proposta estadunidense decalcada da Directiva europeia. Segundo, relativamente aos aspectos funcionais, poderá valer-se do facto de o novo Tratado OMPI sobre direito de autor, à semelhança já então do Acordo ADPIC, definir o objecto de protecção pela negativa em termos aparentemente menos restritos do que a lei estadunidense. Com efeito, esta última caracteriza positivamente o objecto de protecção em termos vagos e pouco precisos (“original works of authorship fixed in any tangible medium of expression”, § 102a), quando comparados com a delimitação negativa, que opera em termos amplos e bem definidos: “In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.” (§102b). Em face dos termos desta norma, que o nosso legislador perfilhou, o normal é que justamente os programas de computador tenham dificuldades em ser aí protegidos, ao menos no que respeita ao seu “golden Nugget”. Ademais, as regras do Tratado OMPI poderão favorecer, em certos termos, a posição que sustenta. Por um lado, define em termos positivos o objecto de protecção no sentido de abranger os

programas de computador, qualquer que seja o modo ou forma de expressão (art. 4.º). Por outro, esta posição é reafirmada no sentido de a protecção se estender às expressões, sendo depois delimitada negativamente no sentido de não abranger “as ideias, os processos, os métodos de operação ou os conceitos matemáticos enquanto tais” (art. 2.º). Esta formulação é, pois, mais restrita do que a da lei estadunidense e poderá servir para, de algum modo, moderar os precedentes jurisprudenciais que recusam protecção a todos os elementos funcionais dos programas. Com efeito, poder-se-á argumentar que estes elementos, enquanto tais, não são processos, nem métodos de operação ou puros conceitos matemáticos, antes constituindo já uma forma de expressão.

Note-se, todavia, que, no essencial, os programas de computador só na aparência serão obras literárias em sentido tradicional. Pois que, no mínimo, serão inteligíveis apenas pelo círculo esotérico dos programadores informáticos. Apesar de todos os Tratados, a verdade é que a questão está de novo aberta, como aliás prova o artigo do Autor, quando retoma, justamente, a contraposição entre livros e máquinas³⁴. Numa solução de continuidade, poder-se-á argumentar que um problema actual é saber se no futuro a alfabetização da comunidade não passará, no mínimo, por saber construir uma página na rede, em articulação com o paradigma da “tecnologia *push*.” Trata-se, ao que parece, de uma operação relativamente fácil. Mas, acresce ainda, que depois de entrar na teia (WWW) é preciso saber proteger-se contra a “aranha”³⁵.

Há, todavia, uma questão que o Autor parece não abordar expressamente, embora esteja presente implicitamente, a julgar pela crítica que aparentemente faz à doutrina do *fair use*. É este um problema da máxima importância e que se prende com a questão da descompilação de programas de computador. Consagrada expressamente na directiva europeia para fins de interoperabilidade entre sistemas informáticos, seria admitida em termos semelhantes pela jurisprudência estadunidense com base no princípio de *fair use*. A questão põe-se, uma vez que as medidas tecnológicas poderão impedir a realização desta operação e, desse modo, comprometer o imperativo da interoperabilidade que se visa prosseguir. Com efeito, a WWW só é possível porque há protocolos de acesso (*interfaces*) que permitem aos sistemas informáticos (equipamento e suportes lógicos) funcionarem em conjunto. Ora, se os titulares de direitos taparem os programas em termos que não permitem a descompilação, então a interoperabilidade sairá prejudicada. Acresce que os novos Tratados OMPI aprovaram regras de proibição de dispositivos tecnológicos de contornamento destes sistemas técnicos (por ex., aplicações criptográficas). Na sequência dos Tratados foi apresentada a Proposta comunitária que

³⁴ Cfr. *Idem, ibidem*, p. 1180 s.

³⁵ Cfr. E. Katsh, *Law in a Digital World*, New York/Oxford, 1995.

ressalva, todavia, que se esses dispositivos se destinarem à prática da descompilação nos termos admitidos pela directiva, então a sua produção e distribuição já não será ilícita.

Só que, nos EUA a faculdade de descompilação não era consagrada legalmente, sendo antes uma construção jurisprudencial com fundamento no princípio de *fair use*. Ora, a este respeito o Autor nada parece dizer. Será que quando apela a regras claras estará a pensar também nesta situação? Em que sentido? Para eliminar o *fair use* de descompilação ou, antes, para consagrar legalmente, à semelhança da Directiva comunitária, uma isenção para estes fins? É verdade que, embora se reconheça a natureza equitativa da doutrina do *fair use*, esta doutrina tem merecido algumas críticas, considerando-se, nomeadamente, que a incerteza gerada pelo uso imprevisível da doutrina *fair use* iria desencorajar a criatividade quer dos criadores já existentes, quer dos *new-comers* ao mercado³⁶. Todavia, este princípio tem sido utilizado pela jurisprudência numa série de casos em que se exigiam precedentes de adaptação do direito de autor ao novo paradigma tecnológico.

E é justamente neste novo contexto que outras questões se levantam. Novas aplicações tecnológicas anunciam a erosão da distinção entre programas e dados, pelo que a interoperabilidade de dados será também uma condição necessária à criação de sistemas globais de informação. A nosso ver, os termos em que a interoperabilidade é definida pela directiva programas de computador são susceptíveis de abranger a interoperabilidade de dados. Com efeito, a interoperabilidade é aí definida como “a capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas”³⁷. Ora, o Autor, para além de reclamar um alargamento do objecto de protecção no sentido de abranger a expressão funcional, parecia fazer também um apelo contrário à “descompilação livre”, uma vez que esta permite aceder aos segredos de programação e reutilizá-los na escrita e no desenvolvimento de programas. Além disso, a utilização de formatos reservados de dados no ciberespaço é da maior actualidade, uma vez que a utilização de um tal formato, sendo reservado, ficará sujeita ao controlo do titular de direitos.

Mas há ainda um outro aspecto que deverá ser realçado. O alargamento da protecção à expressão funcional traduzir-se-á num aumento exponencial das utilidades que se podem extrair do programa em termos de transformações ou do chamado direito à obra derivada. Sendo que a jurisprudência estadunidense admite com base no princípio *fair use* certas formas de interacção que modificam temporariamente o funcionamento de programas (v., por ex., caso *Lewis Gallob Toys v. Nintendo of America*, 1992). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para determinados modos de interacção de dados, como sejam o

³⁶ Vide W. Fischer, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, Harvard LR 1988, p. 1667 ss (criticando os casos *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 1984, *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*, 1985); P. Leval / L. Weinreb, *Toward a Fair Use Standard / Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine*, Harvard LR 1990, p. 1105, p. 1137.

³⁷ Directiva Programas de Computador, cons. 12.

estabelecimento de ligações entre locais da rede (*linking*). O que dizer de aplicações interactivas que alteram obras protegidas e que, em alguns casos precedentes, a jurisprudência deste país, na sequência do que fez em matéria de programas de computador, poderia admitir como lícitas com base no *fair use*? Em que sentido apontaria o Autor nestes casos? Codificar as excepções permitidas? Eliminar o *fair use* e proibir todos estes actos?

Não deixa de ser sintomático que, depois de ter “desmontado” as justificações tradicionais do direito de autor (o direito “natural” do autor e a análise económica), acabe por remeter, numa óptica de realismo jurídico, para as origens históricas da propriedade intelectual, as quais indicariam com toda a probabilidade que o fundamento convencional tivesse pouco a ver com as justificações actuais, referindo que o monopólio do editor a partir do qual o direito de autor se desenvolvera estava ligado à censura, e apoiando-se para o efeito no entendimento segundo o qual: “Copyright was not a product of the common law. It was a product of censorship, guild monopoly, trade-regulation statutes, and misunderstanding”³⁸. Esvaindo-se o fundamento humanista e cultural do direito de autor e esgotada a justificação económica oferecida pelo “argumento instrumental”, esta referência às origens do *copyright* como alternativa possível, ao jeito de um retorno ao paradigma perdido, levar-nos-ia a concluir, irremediavelmente, pela submersão do direito de autor “pela teia de interesses empresariais” conducente à sua qualificação, já hoje, “como num direito dos privilégios das empresas de *copyright*”³⁹.

Todavia, cremos ser outra a via — a do direito de autor como cultura, e não como mera mercadoria — que deverá ser oposta a tentativas de diluição do instituto numa pura óptica mercantil, secando-lhe os fundamentos. O direito de autor desempenha funções e prossegue escopos que não se reduzem ao valor de mercado das obras, seja para o autor, seja para a sociedade em geral. Analisar o problema só por aquele prisma é uma visão redutora que, curiosamente, ao mesmo tempo quer alargar direitos ditos quase sem valor. E, note-se, alargar a área de exclusivo à custa de limites a estes direitos justificados em nome do interesse geral. Eliminar formas de utilização livre para fins de informação, de educação, de investigação científica, de crítica e de arquivo, algumas das quais são permitidas pela doutrina de *fair use*, é amputar ao direito de autor a sua função sócio-cultural fundamental e reduzir as obras ao estatuto de pura mercadoria. E, afinal de contas, se não é a protecção do autor nem a promoção da arte e da ciência que fundamentam o direito de autor, em nome de que interesses é que se apela à intervenção legislativa para disciplinar a “rebelde” jurisprudência?

³⁸ L. R. Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, 1968, p. 19, citado na nota 255.

³⁹ J. Oliveira Ascensão, *Direito de autor como direito da cultura, Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa, 1994, p. 1056.

Em vista disto, compreende-se a importância da faculdade de descompilação para fins de interoperabilidade consagrada pela DMCA. Com efeito, o programa poderá ser protegido através de um dispositivo tecnológico que cifra o acesso ao seu código-fonte, barrando nessa medida o acesso às informações necessárias à interoperabilidade. E, não obstante a referida prática empresarial de *full disclosure* e a casuística jurisprudencial no sentido da não protecção dos programas de computador por ausência de originalidade, a verdade é que ao permitir a descompilação nos referidos termos a DMCA promove a interoperabilidade no ambiente digital em rede, garantindo assim um imperativo de ordem tecnológica.

8.3. Depois, é prevista uma excepção à proibição do contornamento de dispositivos de controlo de acesso para investigação de métodos criptográficos. Esta excepção para investigação de encriptagem permite o contornamento de medidas de controlo de acesso, e o desenvolvimento de meios tecnológicos necessários para o efeito, em ordem a identificar falhas e vulnerabilidades de tecnologias de encriptação.

Esta excepção relaciona-se com uma outra que é instituída para testes de segurança, a qual permite o contornamento de medidas de controlo de acesso, e o desenvolvimento de meios tecnológicos para esse contornamento, com o fim de testar a segurança de um computador, sistema informático ou rede informática, com a autorização do seu proprietário ou operador.

8.4. Por último, são consagradas duas excepções destinadas à protecção de menores e à protecção da privacidade dos utilizadores.

Por um lado, a excepção para protecção de menores permite que o tribunal que aplique a proibição a um componente considere a necessidade da sua incorporação em tecnologia que impede o acesso de menores a material disponível na Internet.

Por outro lado, a excepção para protecção da privacidade pessoal permite o contornamento quando a medida tecnológica, ou a obra que protege, é capaz de recolher ou disseminar informação pessoalmente identificativa sobre as actividades em linha de uma pessoa natural.

9. Este quadro regulamentar tem por horizonte a segurança técnica permitida pelas chamadas tecnologias seguras. Trata-se das assinaturas digitais e dos envelopes criptográficos. As assinaturas digitais (e os serviços de certificação) desempenham uma

função de integridade e autenticidade dos dados. Os envelopes criptográficos permitem a confidencialidade através da cifragem dos dados transmitidos electronicamente⁴⁰.

Esta segurança técnica é um requisito fundamental à promoção do comércio electrónico, nele se destacando a exploração de conteúdos protegidos pelos direitos de autor⁴¹. Na verdade, o acesso e a utilização de uma obra tornada acessível na rede fica dependente de uma palavra passe, cuja concessão dependerá de pagamento prévio através de moeda electrónica. Nesse sentido assiste-se à formação de um mercado de serviços de acesso condicional⁴². Além disso, as tecnologias seguras permitem a integridade da informação para gestão dos direitos, que aparece “colada” aos conteúdos através de cabeçalhos contratuais que informam os utilizadores sobre a titularidade dos direitos e sobre os termos da sua utilização. De igual modo, estes “clipes” digitais controlam a integridade dos dados, informando sobre utilizações que tenham alterado o seu conteúdo original.

Nesse sentido, está em desenvolvimento um “código” de direitos de propriedade digital para regular os termos e condições de utilização autorizada de informação digital e marcá-los nos documentos que contêm a informação.⁴³ De acordo com a linguagem tecnológica da propriedade digital, se alguém tentar utilizar um objecto equipado com um “sistema acreditado” sem para o efeito ter obtido autorização ou pago a respectiva remuneração, tal sistema pura e simplesmente não executará o comando, obedecendo-se a este “código técnico”, não porque se deva, mas antes porque “não há alternativa”, sendo que num sistema bem implementado não existirá “desobediência civil.”⁴⁴

Mas, da segurança técnica à confiança jurídica há um longo caminho a percorrer. Com efeito, a utilização dos sistemas técnicos de protecção e identificação permite a segurança indispensável ao desenvolvimento do comércio electrónico no ambiente digital. Mas, para assegurar a eficácia deste meios de protecção técnica é necessária uma tutela jurídica dessas medidas de carácter tecnológico. Sem isso a edição electrónica e o mercado em

⁴⁰ Para mais desenvolvimentos sobre as “tecnologias robustas” veja-se *Guide To Enactment Of The Uncitral Model Law On Electronic Commerce*, 1996; *Garantir a segurança e a confiança nas comunicações electrónicas — contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(97) 503 final, 08.10.1997; *Convergência dos sectores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação – para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão, COM(97) 623 final. Veja-se também as *Recommendations of the OECD Council Concerning Guidelines for Cryptography Policy*.

⁴¹ Veja-se: *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação da Comissão, COM(1997) 157 final; *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, Secretariat on Electronic Commerce, 1998.

⁴² Sobre estes serviços veja-se, especialmente, o Livro Verde da Comissão, *Protecção Jurídica dos Serviços Codificados no Mercado Interno*, COM(96) 76 final.

⁴³ Vide M. Stefit, *Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us To Rethink Digital Publishing*, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 137 ss.

⁴⁴ Cfr. L. Lessig, *The Zones of Cyberspace*, Stanford LR 1997, p. 1408. Veja-se, também, L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

linha não estarão protegidos contra a pirataria praticada através de descodificadores ilícitos e outros dispositivos de acesso não autorizados.

10. Em ordem a criar um ambiente jurídico favorável ao comércio electrónico o legislador comunitário anunciou já a preparação de um quadro jurídico complexo e diversificado. No direito comparado deram-se já importantes passos: veja-se, em especial, a lei alemã sobre os serviços de informação e de comunicação⁴⁵. A nível comunitário são de referir Directivas adoptadas em matéria, nomeadamente, de protecção de dados pessoais e da privacidade⁴⁶, de protecção dos consumidores nos contratos celebrados à distância⁴⁷, e em matéria de transparência regulamentar⁴⁸, serviços de acesso condicional⁴⁹ e assinaturas electrónicas⁵⁰. Mas são de referir também, para além das Directivas já adoptadas sobre direitos de autor, em especial a Directiva Bases de Dados (96/9/CE), a proposta de Directiva que adapta os direitos de autor ao ambiente digital⁵¹, e uma série de outras medidas em vários domínios como certos aspectos do comércio electrónico, a defesa do consumidor nos serviços financeiros à distância⁵², as instituições de moeda electrónica⁵³, estando em preparação um instrumento normativo sobre a problemática da Fiscalidade na Internet⁵⁴. Entre nós, a necessidade de definição do regime jurídico do comércio electrónico foi apontada no Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal⁵⁵ e retomada no diploma que criou a Iniciativa Nacional para o Comércio

⁴⁵ *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz (IuKDG)*, de 1 de Agosto de 1997, que inclui, *inter alia*, a Lei dos Teleserviços (*Teledienstgesetz - TDG*, Art. 1). Sobre esta lei veja-se, nomeadamente, A. Rossnagel, *Recht der Multimedia- Dienste: Kommentar*, München/Köln, 1999.

⁴⁶ Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados, e Directiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento dos dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações, transpostas respectivamente pela Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro e pela Lei n.º 69/98 de 28 de Outubro.

⁴⁷ Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância.

⁴⁸ Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, alterada pela Directiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho de 1998.

⁴⁹ Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Novembro de 1998 relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional.

⁵⁰ Directiva 1993/93/CE do Parlamento e do Conselho de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro comum para as assinaturas electrónicas.

⁵¹ COM(97) 356 final.

⁵² Proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância dos serviços financeiros junto dos consumidores e que altera as Directivas 97/7/CE e 98/27/CE. Para os trabalhos preparatórios, veja-se o Livro Verde da Comissão, *Serviços Financeiros: dar resposta às expectativas dos consumidores*, COM(96) 209 final, 22/05/1996, e a Comunicação da Comissão, *Serviços financeiros: reforçar a confiança do consumidor*, COM(97) 309 final, 26/06/1997.

⁵³ Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao acesso e ao exercício da actividade das instituições de moeda electrónica, bem como à sua supervisão prudencial, COM(98) 297 final, 13.5.

⁵⁴ Veja-se a Comunicação da Comissão, *Comércio Electrónico e Fiscalidade Indirecta*, 1998.

⁵⁵ Veja-se o Ponto 9 do documento pioneiro da Missão para a Sociedade da Informação (MSI), *Livro Verde Para A Sociedade Da Informação Em Portugal*, 1997.

Electrónico⁵⁶, cujas linhas de actuação foram definidas no respectivo Documento Orientador⁵⁷. Entretanto, tinha sido já adoptada uma medida conducente ao reconhecimento do valor jurídico da correspondência da Administração trocada por via electrónica⁵⁸, e, mesmo antes mesmo da Directiva sobre as Assinaturas Electrónicas, foi adoptado entre nós o regime jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais⁵⁹, seguido da equiparação entre a factura emitida em suporte papel e a factura electrónica⁶⁰.

11. A DMCA destina-se a regular principalmente o comércio electrónico de obras protegidas pelos direitos de autor. A promoção do comércio electrónico de obras intelectuais pressupõe a segurança técnica. Mas, para criar um ambiente favorável à confiança jurídica prevê medidas contra a violação dessa segurança técnica, ao mesmo tempo que autoriza certos contornamentos a essa segurança técnica.

Assim, parece que o direito de autor no milénio digital será uma espécie de "direito tecnológico"⁶¹ destinado a regular o acesso e utilização de conteúdos informativos comercializados electronicamente no mercado virtual da Internet. Nesse sentido, uns anunciam a diluição do direito de autor num genérico direito da informação ou das tecnologias da informação, senão mesmo a sua "morte"⁶², perguntando se será importante ou, mesmo, se haverá lugar para o direito de autor neste admirável novo mundo dos sistemas de protecção técnica⁶³. Outros propugnam que o direito de autor está mais forte do que nunca⁶⁴, tendo adquirido um carácter de natureza tecnológica; robustez essa

⁵⁶ Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, de 1 de Setembro.

⁵⁷ *Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico*, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99.

⁵⁸ Resolução do Conselho de Ministros n.º 60/98 (que determina a existência de um endereço de correio electrónico nos serviços e organismos integrados na administração directa e indirecta do Estado e regula o valor a atribuir à correspondência transmitida por via electrónica).

⁵⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto. A título de curiosidade, refira-se que em Macau foi adoptado o Decreto-Lei n.º 64/99/M, de 25 de Outubro, que regula aspectos gerais no domínio do comércio electrónico.

⁶⁰ Decreto-Lei n.º 375/99 de 18 de Setembro.

⁶¹ Cfr. M. Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, Lisboa, 1996, p. 57 s, 64.

⁶² Cfr. N. Negroponte, *Being Digital*, New York, 1995, p. 58; J.P. Barlow, *Selling Wine without Bottles. The Economy of Mind on the Global Net*, in B. Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, ALAI, The Hague, 1996, p. 169.

⁶³ T. Vinje, *A Brave New World of Technical Protection Systems: Will There Still be Room For Copyright?*, *European Intellectual Property Review*, 1996, p. 431 s; E. Schlachter, *The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Could Be Unimportant on the Internet*, *Berkeley Tech. LJ* 1997, p. 15.

⁶⁴ Vide, nomeadamente, J. Ginsburg, *Putting Cars on the Information Superhighway: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace*, *Columbia LR*, p. 1466; T. Dreier, *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, in *Propriétés Intellectuelles*, Mélanges en l'honneur de André Françon, Paris, 1995, p. 119; A. Strowel/J.P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimedia*, Bruxelles, 1997, p. 469 (sustentando a "reconciliação" do direito de autor com a tecnologia); Maria Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor: Alguns Problemas*, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XVII 1996, Madrid: Universidad de Santiago de Compostela/Marcial Pons, 1997, p. 175 ss.

consonante, aliás, com o sentido da sua evolução, que seria um processo contínuo de resposta aos desafios da técnica⁶⁵.

Não nos contamos entre os que compõem um *requiem* ao direito de autor no mundo digital, nem entre os que tecem elogios à sua natureza mutante ou metamorfósica. O que temos cada vez mais são direitos conexos. E interessa conhecer muito bem esta figura. Principalmente o direito *sui generis* do produtor de bases de dados, que será o principal direito nessa super auto-estrada da informação que é a Internet. O direito de autor estará, por assim dizer, dentro deste direito, pois que, na realidade, “é o produtor, agora, quem ocupa directamente o primeiro plano”⁶⁶. É necessária a autorização do titular do direito de autor para incluir as suas obras numa base de dados. Mas depois há todo um direito que é o direito *sui generis* do produtor de bases de dados electrónicas. O qual, diz-se e justifica-se longamente, não cria um novo direito sobre os dados contidos na base. Mas, é no fundo como os direitos conexos tradicionais. Assim, por exemplo, o direito do produtor de fonogramas: depois da fixação da obra no fonograma é necessária a autorização do produtor para a sua exploração a partir desse fonograma. Estamos, portanto, numa situação relativamente semelhante.

Toda esta principiologia estava já vertida no histórico Livro Verde apresentado pela Comissão em 1988⁶⁷, ano em que por coincidência era adoptada no Reino Unido a nova legislação do *Copyright*. Nela se encontram já todas estas figuras, incluindo ainda a protecção de obras geradas por computador.

A Proposta de Directiva em discussão sobre os direitos de autor na Sociedade da Informação pretende proteger todos os titulares de direitos, incluindo o direito *sui generis* relativo ao conteúdo das bases de dados, com as medidas de proibição de produção e distribuição de dispositivos de contornamento de sistemas técnicos de protecção. O que, tendo em conta os contornos enigmáticos do direito *sui generis*, que pressupõe um juízo de avaliação qualitativa e quantitativa, será difícil determinar *a priori* quais os dispositivos que os utilizadores poderão obter no mercado para exercerem os direitos de acesso e utilização de conteúdos de bases de dados.⁶⁸ Além disso, a referida Proposta, embora ressalve a faculdade de descompilação de programas de computador em face da proibição

⁶⁵ G. Schricker, in G. Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht: Kommentar*, Einl., München, 1987, p. 52. Veja-se também S. Stewart, *International Copyright Law and Neighbourings Rights*, 2nd. ed., London, 1989, p. 185.

⁶⁶ J. Oliveira Ascensão, *O Direito de Autor no Ciberespaço*, Separata de Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito, STUDIA IVRIDICA 40, Coimbra, 1999, p. 98.

⁶⁷ *Os direitos de autor e os desafios da tecnologia*, Livro Verde da Comissão, COM(88) 172.

⁶⁸ Por base de dados entende-se “uma colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros” (Directiva Bases de Dados, art. 2.º, 2). Os contornos positivos do direito *sui generis* são definidos nos seguintes termos: “direito de o fabricante de uma base de dados proibir a extracção e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo desta, quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo” (art. 7.º, 1).

de actividades que permitam ou facilitem a neutralização da protecção técnica proporcionada por medidas de carácter tecnológico, limita-se, apenas, a declarar que deve ser encorajada a compatibilidade e a interoperabilidade dos diferentes sistemas técnicos de identificação, e que é conveniente incentivar o desenvolvimento de sistemas globais (cons. 31-2).

12. Para terminar, cumpre referir que o direito de autor tal como não surgiu com a Internet também não foi inventado a par com a imprensa. O que nasceu com a imprensa foram os privilégios de impressão, que não se confundem com o direito de autor. À semelhança do que hoje se passa com o exercício da radiodifusão televisiva, assim sucedia há cinco séculos com a imprensa. O Príncipe reservou para si a utilização da tecnologia dos caracteres móveis por duas razões. Primeiro, porque sabia que esta tecnologia potenciava uma actividade comercial geradora de riqueza. Segundo, porque sabia ainda melhor que esta tecnologia permitiria gerar um maior fluxo de informação e a alfabetização das populações. Hoje navegamos na Internet, mas há quinhentos anos a leitura era uma actividade ainda reservada a poucos. Sendo que o fluxo de informação que assim se gerava não apenas podia abalar a ordem natural do cosmos — recorde-se que Galileu teve que abjurar que não era a terra que andava à volta do sol — mas também a ordem natural da sociedade.

Abalou. Com o fim dos privilégios vieram as leis liberais, que concederam protecção directa aos autores a título de propriedade literária e artística. Propriedade essa gerada pelo fruto do trabalho e da liberdade de criação cultural. O que, aliás, já nem sequer era algo de novo. Ainda na Idade Média, retomando princípios porventura já constantes da *Lex Fabia de plagiaris* dos romanos, julgou o Rei Irlandês: “To every cow her calf, and consequently to every book its copy”⁶⁹.

Assim seja também na Internet. Mas que, em vista d’ *OEm Nome da Rosa* de Humberto Eco, o gozo das utilidades primárias das obras intelectuais não seja caracterizado por um acesso “envenenado”.

⁶⁹ Cfr. P. Groves, *Copyright and Design Law: a Question of Balance. The Copyright, Designs and Patents Act 1988*, London, 1991, p. 11.

Anexo - Análise Sumária da Lei Estadunidense dos Direitos de Autor no Milénio Digital (“The Digital Millennium Copyright Act of 1998”)*

§ I. Apresentação

1. Em finais de 1998 foi aprovada nos EUA a Lei Milénio Digital: “The Digital Millennium Copyright Act “ (DMCA), de 28 de Outubro de 1998. É uma lei sobre direitos de autor no mundo digital, constituindo este diploma a resposta legislativa para uma série de problemas suscitados no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede à escala global.

A DMCA é dividida em cinco títulos. Primeiro, em ordem à implementação dos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual⁷⁰, a DMCA consagra duas normas proibitivas e fixa as respectivas sanções⁷¹. A primeira versa sobre o contornamento de medidas tecnológicas utilizadas pelos titulares de direitos de autor para protegerem as suas obras. A segunda diz respeito à adulteração de informações para gestão de direitos de autor. O teor literal dos dois Tratados OMPI é virtualmente idêntico no sentido de obrigar os Estados Membros a impedirem, por um lado, o contornamento de medidas tecnológicas utilizadas para proteger obras tuteladas pelos direitos de autor (1), e, por outro lado, a acautelarem a adulteração da integridade da informação para gestão de direitos de autor (2). Estas obrigações servem como auxílios tecnológicos aos direitos exclusivos atribuídos pela lei dos direitos de autor⁷², providenciando, enquanto tais, a protecção jurídica que a comunidade internacional considerou necessária e adequada à exploração segura e eficiente das obras protegidas pelos direitos de autor.

2. Segundo, o DMCA cria certos limites à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha por violações aos direitos de autor quando praticam certos tipos de actividades⁷³. Terceiro, estabelece uma isenção para a feitura de uma cópia de um programa de computador através da activação de um computador para fins de manutenção ou

* Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998). Baseado no Sumário Executivo do U.S. Copyright Office, Dezembro de 1998. Apesar das diferenças entre o conceito de *Copyright* e o modelo do *Droit d'auteur* utilizaremos a terminologia “direitos de autor” para designar o “Copyright” estadunidense. Sobre esta dicotomia tradicional poderá ver-se o nosso *Droit d'auteur e copyright: Recensão* - Julia Ellins, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft*, Berlin 1997, Boletim da Faculdade de Direito, 1998, p. 801-830.

⁷⁰ Tratado OMPI sobre Direito de Autor e Tratado OMPI sobre Prestações e Fonogramas, adoptados pela Conferência Diplomática de Genebra, em Dezembro de 1996.

⁷¹ Tit. I: “WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaties Implementation Act of 1998”.

⁷² “Copyright Act” (CA), codificado no Tit. 17 do “U.S. Code”.

⁷³ Tit. II: “Online Copyright Infringement Liability Limitation Act”.

reparação⁷⁴. Quarto, prevê várias disposições relativas, *inter alia*, à educação à distância no ambiente digital (1), às excepções da lei dos direitos de autor para as bibliotecas não lucrativas e arquivos e para a feitura de gravações efémeras por radiodifusores (2), ao direito de difusão na rede de gravações sonoras na Internet (3), e à aplicabilidade de obrigações de acordos de negociação colectiva no caso de transferências de direitos nos filmes animados (4)⁷⁵. Quinto, cria uma nova forma de protecção para certos desenhos originais⁷⁶.

Vamos analisar os quatro primeiros títulos, que contêm directamente com a problemática dos direitos de autor no mundo digital.

§ II. Implementação dos Tratados OMPI: Contornamento de Medidas Tecnológicas de Protecção; Integridade da Informação para Gestão dos Direitos de Autor ; Sanções

A. Contornamento de Medidas Tecnológicas de Protecção

3. A secção 103 da DMCA introduz um novo capítulo 12 no Título 17 do U.S. Code. A sua nova secção 1201 implementa a obrigação de prever protecção adequada e efectiva contra o contornamento de medidas de protecção tecnológica utilizadas pelos titulares de direitos de autor para protegerem as suas obras⁷⁷. Para o efeito, divide as medidas tecnológicas em duas categorias: por um lado, as medidas que impedem o acesso não autorizado à obra protegida pelos direitos de autor (1); por outro, as medidas que impedem a sua reprodução (em sentido amplo, abrangendo todos os direitos exclusivos do autor nos termos da secção 106 CA, incluindo a distribuição e a comunicação ao público) não autorizada (2).

Em certas circunstâncias, são proibidas a produção ou venda de dispositivos ou a prestação de serviços que são utilizados para contornar estas categorias de medidas tecnológicas. No que respeita ao acto de contornamento em si mesmo, a norma proíbe o contornamento da primeira categoria de medidas tecnológicas, mas já não as segundas, isto é, proíbe o contornamento das medidas tecnológicas que impedem o acesso não

⁷⁴ Tit. III: "Computer Maintenance Competition Assurance Act".

⁷⁵ Tit. IV: "Miscellaneous Provisions".

⁷⁶ Tit. V: "Vessel Hull Design Protection Act".

⁷⁷ No que respeita ao contornamento de medidas de protecção tecnológica, o Art. 11 do Tratado OMPI sobre Direito de Autor dispõe que: "As Partes Contratantes devem prever uma protecção jurídica adequada e sanções jurídicas eficazes contra a neutralização de dispositivos tecnológicos efectivos que sejam utilizados pelos autores no exercício dos seus direitos previstos neste Tratado ou na Convenção de Berna e que, relativamente às suas obras, restrinjam actos que não sejam autorizados pelos autores a que digam respeito ou permitidos pela lei." Idêntica solução é consagrada no Art. 18 do Tratado OMPI sobre Interpretações e Fonogramas.

autorizado à obra, mas já não proíbe o contornamento de medidas tecnológicas que impedem a sua reprodução (em sentido amplo) não autorizada.

Esta distinção (acesso/utilização) foi utilizada para assegurar que o público possa continuar a poder fazer *fair use* das obras protegidas pelos direitos de autor. Uma vez que a reprodução de uma obra pode constituir *fair use* em certas condições, a secção 1201 não proíbe o acto de contornamento da medida tecnológica que impede a reprodução. Pelo contrário, uma vez que a doutrina do *fair use* não constitui justificação para o acto de obter acesso não autorizado a uma obra, é proibido o acto de contornamento de uma medida tecnológica em ordem a obter acesso.

4. Não obstante, a secção 1201 prevê duas cláusulas gerais de salvaguarda⁷⁸. A primeira dispõe que nada na secção 1201 afecta direitos, sanções, limites ou defesas contra a infracção aos direitos de autor, incluindo o *fair use*. A segunda estatui que nada na secção 1201 aumenta ou diminui a violação contributiva aos direitos de autor⁷⁹.

Além disso, os dispositivos ou serviços abrangidos pela previsão da secção 1201 deverão preencher os seguintes requisitos: serem primariamente destinados ou produzidos para o contornamento (1); terem apenas um objectivo ou uma utilização de significado comercial limitado que não seja o contornamento (2); serem colocados no mercado para utilização no contornamento (3).

A secção 1201 esclarece ainda que a proibição sobre dispositivos de contornamento não exige que os produtores de equipamentos electrónicos de consumo, telecomunicações ou informática configurem os seus produtos de modo a responder a qualquer medida tecnológica particular⁸⁰. Trata-se da chamada regra de não imposição ("no mandate rule"). Não obstante, é prevista uma excepção a esta regra geral para um tipo especial de tecnologia⁸¹: dentro de três anos após a sua entrada em vigor, todos os gravadores de cassetes de vídeo analógicos devem ser configurados de modo a conformarem-se com certas tecnologias⁸², que estão currentemente em utilização para impedir a reprodução de cassetes vídeo e certos sinais analógicos; a mesma norma proíbe os titulares de direitos de aplicarem estas tecnologias à televisão livre e à radiodifusão básica e por cabo.

5. As proibições contidas na secção 1201 estão sujeitas a várias excepções. Uma excepção governa a secção inteira e diz respeito à aplicação da lei às actividades

⁷⁸ Sec. 1201(c)(1)(2).

⁷⁹ "Vicarious or contributory copyright".

⁸⁰ Sec. 1201(c)(3).

⁸¹ Sec. 1201(k).

⁸² Habitualmente conhecidas por "Macrovision".

governamentais de inteligência e outras⁸³. As outras dizem respeito apenas à secção 1201(a), isto é, à disposição relativa à categoria de medidas tecnológicas que controlam o acesso às obras.

A mais ampla destas excepções ⁸⁴ estabelece um procedimento de decisão administrativa em ordem a avaliar o impacto da proibição contra o acto de contornar tais medidas de controlo de acesso. Esta proibição de conduta não terá efeito durante dois anos. E, uma vez entrada em vigor, estará sujeita a uma excepção relativa aos utilizadores de uma obra integrada numa classe particular de obras se forem ou puderem ser afectadas em virtude da proibição de fazer utilizações não infractoras. A aplicabilidade da excepção é determinada através de um procedimento periódico no qual participam diversas entidades⁸⁵.

Além destas excepções, são previstas adicionalmente seis excepções. Cada uma destas excepções tem o seu próprio conjunto de condições de aplicabilidade. Sucintamente:

Primeira, a excepção para instituições de educação, arquivo ou bibliotecas não lucrativas⁸⁶. A proibição do acto de contornamento de medidas de controlo de acesso é sujeita a uma excepção que permite às bibliotecas não lucrativas, aos arquivos e às instituições de ensino contornar apenas para o fim de realizar de boa fé uma “determinação” quanto a quererem obter acesso autorizado à obra.

Segunda, a excepção de descompilação ou engenharia regressiva⁸⁷. Esta excepção permite o contornamento, e o desenvolvimento de meios tecnológicos necessários para esse contornamento, por uma pessoa que tenha lícitamente adquirido o direito de utilizar uma cópia de um programa de computador com o único propósito de identificar e analisar elementos do programa necessários para alcançar a interoperabilidade com outro programa, na medida em que tais actos sejam permitidos pela lei dos direitos de autor.

Terceira, a excepção para investigação de métodos criptográficos⁸⁸. Esta excepção para investigação de métodos de encriptação permite o contornamento de medidas de controlo de acesso, e o desenvolvimento dos meios tecnológicos necessários para o efeito, em ordem a identificar falhas e vulnerabilidades de tecnologias de encriptação.

Quarta, a excepção para protecção de menores⁸⁹. Esta excepção permite a um tribunal, que aplique a proibição do contornamento a um componente ou parte dele, considerar a

⁸³ Sec. 1201(e).

⁸⁴ Sec. 1201 (a)(1)(B)-(E).

⁸⁵ Por exemplo, a Biblioteca do Congresso.

⁸⁶ Sec. 1201(d).

⁸⁷ Sec. 1201(f).

⁸⁸ Sec. 1201(g).

⁸⁹ Sec. 1201(h).

necessidade da sua incorporação em tecnologia que impede o acesso de menores a material tornado acessível na Internet.

Quinta, a excepção para protecção da privacidade pessoal⁹⁰. Esta excepção permite o contornamento quando a medida tecnológica, ou a obra que protege, é capaz de recolher ou disseminar informação pessoalmente identificativa sobre as actividades em linha de uma pessoa humana.

Sexta, a excepção para teste de segurança⁹¹. Esta excepção permite o contornamento de medidas de controlo de acesso, e o desenvolvimento de meios tecnológicos para esse contornamento, com o fim de testar a segurança de um computador, sistema informático ou rede informática, com a autorização do seu proprietário ou operador.

6. Finalmente, a proibição do acto de contornamento de medidas de controlo de acesso só entra em vigor dois anos após a aprovação desta lei, ou seja, em 28 de Outubro de 2000.

B. Integridade da Informação para Gestão dos Direitos de Autor

7. A nova secção 1202 implementa a obrigação de proteger a integridade da informação para gestão dos direitos de autor (IGD)⁹². O âmbito de protecção é estabelecido em dois parágrafos: o primeiro trata da IGD falsa e o segundo é relativo à remoção ou alteração de IGD.

A subsecção (a) proíbe a prestação ou distribuição consciente de IGD falsa, se feita com o intuito de induzir, permitir, facilitar ou ocultar a infracção. A subsecção (b) impede a remoção ou alteração intencional de IGD sem autorização para tal, bem como a disseminação de IGD ou cópias de obras, sabendo que a IGD foi removida ou alterada sem autorização. Para haver responsabilidade nos termos da subsecção (b) é necessário que o acto tenha sido praticado com conhecimento ou, no que respeita às sanções civis, com motivos razoáveis para saber que a conduta irá induzir, permitir, facilitar ou ocultar uma infracção.

A informação para gestão dos direitos de autor (IGD) é definida na subsecção (c), nos termos da qual trata-se de informação que identifica as obras (1), o autor (2), o(s)

⁹⁰ Sec. 1201(i).

⁹¹ Sec. 1201(j).

⁹² O Art. 12 do Tratado OMPI sobre Direito de Autor prescreve que: "As Partes Contratantes devem prever sanções jurídicas adequadas contra qualquer pessoa que, conscientemente, pratique qualquer dos seguintes actos ou, no que respeita às sanções civis, tendo motivos justificados para saber que induz, permite, facilita ou oculta uma infracção de qualquer dos direitos previstos no presente Tratado ou na Convenção de Berna: i) suprima ou altere, sem ter título para tal, qualquer informação electrónica sobre o regime dos direitos; ii) distribua, importe para distribuição, radiodifunda ou comunique ao público, sem ter título para tal, obras ou cópias de obras, sabendo que a informação electrónica sobre o regime dos direitos foi suprimida ou alterada indevidamente." O Art. 19 do Tratado OMPI sobre Interpretações e Fonogramas corresponde, *mutatis mutandis*, ao Art. 12 do Tratado sobre Direito de Autor.

titular(es) dos direitos (3) e, em certos casos, o artista intérprete ou executante, o escritor ou director da obra (4), bem como os termos e as condições da utilização da obra (5), e outras informações que o Serviço de Registo dos Direitos de Autor prescreva por regulamento (6). A informação relativa aos utilizadores de obras é excluída expressamente. Esta precisão não constava da definição de informação para gestão dos direitos constante do Tratado sobre direito de autor⁹³.

8. Tal como para as regras proibitivas de contornamento de medidas tecnológicas de protecção são prescritas excepções e limites à protecção da integridade da informação para gestão de direitos. Para começar, a sec. 1202 está sujeita à isenção geral para aplicação da lei e para actividades governamentais de inteligência e outras⁹⁴. Além disso, contém também limites sobre a responsabilidade das entidades de radiodifusão de sistemas de cabo em relação à remoção ou alteração de IGD em circunstâncias tais que não exista qualquer intuito de induzir, permitir, facilitar ou ocultar uma infracção⁹⁵.

C. Sanções

9. Qualquer pessoa prejudicada pela violação da secção 1201⁹⁶ ou 1202⁹⁷ pode propor uma acção civil no Tribunal Federal. A secção 1203 confere aos tribunais o poder de concederem uma série de compensações pecuniárias e equitativas semelhantes às previstas na lei dos direitos de autor ("Copyright Act"), incluindo a reparação legal pelos danos.

Não obstante, o tribunal tem o poder discricionário de reduzir ou remir danos em casos de violações inocentes, quando o infractor provar que não sabia e que não tinha qualquer razão para acreditar que os seus actos constituíam uma violação⁹⁸. Especial protecção é concedida a bibliotecas não lucrativas, arquivos e instituições educativas, as quais têm direito à completa remissão dos danos naquelas circunstâncias⁹⁹.

10. Além disso, a violação da secção 1201 e 1202 constituirá ofensa criminal se for cometida com dolo e para fins de vantagem comercial ou ganho financeiro privado. Nos

⁹³ Tratado sobre Direito de Autor, Art. 12, 2, o qual define a informação sobre o regime dos direitos como a informação que identifica a obra, o autor, o titular de qualquer direito sobre a obra ou informações sobre os termos e condições de utilização da obra, e quaisquer números ou códigos que representem essa informação, quando qualquer destes elementos de informação esteja integrado numa cópia ou apareça quando se faz a comunicação ao público de uma obra. Veja-se, também, *mutatis mutandis*, o Art. 19, 2, do Tratado sobre Interpretações e Fonogramas.

⁹⁴ Sec. 1202(d).

⁹⁵ Sec. 1202(e).

⁹⁶ Contornamento de medidas tecnológicas de protecção.

⁹⁷ Integridade da informação para gestão dos direitos de autor.

⁹⁸ Sec. 1203(c)(5)(A).

⁹⁹ Sec. 1203(c)(5)(B).

termos da secção 1204, as penas podem ir até \$ 500,000 de multa ou até 5 anos de prisão pela primeira ofensa, e, em caso de reincidência, até \$ 1,000,000 de multa ou 10 anos de prisão. As bibliotecas não lucrativas, os arquivos e as instituições de ensino são inteiramente isentas de responsabilidade criminal.

§ III. Responsabilidade dos Prestadores de Serviços em Linha

A. Tipologia e Condições Gerais

11. O título II da DMCA introduz uma nova secção 512 na lei dos direitos de autor (“Copyright Act”) em ordem a criar quatro novos limites relativamente à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha pelas infracções aos direitos de autor . A nova secção 512 inclui também regras especiais sobre a aplicação destes limites às instituições de ensino não lucrativas.

Os limites são baseados nas quatro categorias seguintes de actos praticados por um prestador de serviços: 1.^a as comunicações transitórias¹⁰⁰; 2.^a a “memória tampão”¹⁰¹; 3.^a o carregamento de informação em sistemas ou redes em direcção a utilizadores; 4.^a os utensílios de localização de informação¹⁰².

Cada limite compreende um quadro completo sobre prejuízos pecuniários e restringe a disponibilidade de recursos injuntivos em vários aspectos¹⁰³. Cada limite diz respeito a uma função distinta e separada, e a determinação de saber se um prestador de serviço pode beneficiar de um dos limites não depende de saber se o prestador de serviços beneficia de qualquer dos restantes três limites¹⁰⁴.

Se o prestador de serviços não puder beneficiar de qualquer dos limites previstos na secção 512 tal não o torna necessariamente responsável por violação dos direitos de autor. O titular dos direitos de autor deverá ainda provar que o prestador de serviços cometeu a infracção e o prestador de serviços poderá ainda invocar qualquer das defesas, tais como o *fair use*, que estão ao dispôr dos arguidos nos termos gerais dos direitos de autor¹⁰⁵.

12. Para além de limitar a responsabilidade dos prestadores de serviços, o título II estabelece um procedimento nos termos do qual um titular de direitos de autor pode obter uma providência de um tribunal federal no sentido de ordenar a um prestador de

¹⁰⁰ A que se chama também “mere conduit”.

¹⁰¹ Também conhecida por “system caching”.

¹⁰² Os chamados “browsers” ou agentes electrónicos inteligentes de pesquisa.

¹⁰³ Sec. 512(j).

¹⁰⁴ Sec. 512(n).

¹⁰⁵ Sec. 512(l).

serviços a comunicação da identidade de um assinante que alegadamente esteja envolvido na prática de actividades infractoras¹⁰⁶.

Por outro lado, a secção 512 contém uma norma destinada a assegurar que os prestadores de serviços não se encontrem na posição de ter que optar entre beneficiar dos limites de responsabilidade ou preservar a privacidade dos seus assinantes. A subsecção (m) estatui expressamente que nada na secção 512 requer que um prestador de serviços monitorize o seu serviço ou material de acesso em violação da lei¹⁰⁷, de modo a poder beneficiar de alguns dos limites de responsabilidade.

13. São três as condições gerais segundo as quais um prestador de serviços poderá beneficiar dos limites previstos.

Em primeiro lugar, uma pessoa que pretenda beneficiar destes limites deverá tratar-se, desde logo, de um prestador de serviços. Em relação ao primeiro limite¹⁰⁸, o prestador de serviços é definido como uma entidade que ofereça a transmissão, encaminhamento, ou a prestação de ligações para comunicações digitais em linha, entre pontos especificados por um utilizador, de material escolhido pelo utilizador, sem modificação do conteúdo do material enviado e recebido¹⁰⁹. Relativamente aos três restantes limites¹¹⁰, o prestador de serviços é definido em termos mais amplos como o prestador de serviços em linha ou acesso de redes, ou o operador dos meios necessários para o efeito¹¹¹.

Além disso, para poder beneficiar de qualquer dos limites, o prestador de serviços, assim definido, deverá ainda respeitar duas outras condições gerais¹¹². Primeira, deverá adoptar e implementar em termos razoáveis uma política de cessação em circunstâncias apropriadas das contas dos assinantes que sejam infractores reincidentes. Segunda, deverá utilizar e não interferir com “medidas técnicas padrão”¹¹³.

Observadas estas condições gerais, os prestadores de serviços poderão valer-se do benefício dos limites de responsabilidade previstos, e que passamos a analisar.

¹⁰⁶ Sec. 512(h).

¹⁰⁷ À semelhança da Lei sobre a Privacidade das Comunicações Electrónicas.

¹⁰⁸ Respeitante às comunicações transitórias (“mere conduit”).

¹⁰⁹ Sec. 512(k)(1)(A).

¹¹⁰ “System caching”, carregamento de informação em sistemas ou redes em direcção a utilizadores, e utensílios de localização de informação.

¹¹¹ Sec. 512(k)(l)(B).

¹¹² Sec. 512(i).

¹¹³ As “medidas técnicas padrão” (“standard technical measures”) são definidas como as medidas que os titulares de direitos de autor utilizem para identificar ou proteger obras protegidas pelos direitos de autor (1), que tenham sido desenvolvidas na sequência de um amplo consenso entre os titulares de direitos de autor e os prestadores de serviços num processo multi-industrial aberto, justo e voluntário (2), que estejam disponíveis a qualquer pessoa em termos razoáveis não discriminatórios (3), e que não imponham custos ou encargos substanciais aos prestadores de serviços (4).

B. Comunicações Transitórias (“mere conduit”)

14. O limite relativo às comunicações transitórias é regulado na secção 512(a). Em termos gerais, a responsabilidade dos prestadores de serviços é limitada nos casos em que o prestador actua apenas como um condutor de dados (“mere conduit”), transmitindo informação digital de um ponto da rede para outro a pedido de alguém.

Este limite abrange actos de transmissão, encaminhamento, ou prestação de ligações para a informação, bem como as cópias intermédias e transitórias que sejam feitas automaticamente na operação de uma rede.

15. Em ordem a poder beneficiar deste limite, o prestador de serviços deverá respeitar as seguintes condições: 1.^a a transmissão deve ser iniciada por uma pessoa diferente do prestador; 2.^a a transmissão, encaminhamento, prestação de ligações, ou reprodução devem ser realizadas através de um processo técnico automático sem selecção de materiais pelo prestador de serviços; 3.^a o prestador de serviços não deve determinar os receptores do material; 4.^a quaisquer cópias intermédias não devem ser acessíveis em condições normais por alguém que não os receptores antecipados, e não deverão ser retidas por um período superior ao razoavelmente necessário; 5.^a o material deve ser transmitido sem qualquer modificação do conteúdo.

C. “Memória Tampão” (“system caching”)

16. Quanto ao limite de “memória tampão” (“system caching”), a secção 512(b) limita a responsabilidade do prestador de serviços em relação à prática de retenção de cópias, por tempo limitado, de materiais que foram tornados acessíveis em linha por uma pessoa diferente do prestador, e depois transmitidos em direcção a um assinante.

Nestes casos, o prestador de serviços retém o material de modo a que os pedidos para o mesmo material possam ser satisfeitos através da transmissão da cópia retida, ao invés de buscar o material na fonte original na rede. O benefício desta prática traduz-se em, por um lado, reduzir os requisitos de largura de banda do prestador de serviços e, por outro, reduzir o tempo de espera relativamente a pedidos subsequentes da mesma informação.¹¹⁴

¹¹⁴ Todavia, esta prática pode resultar na entrega de informação desactualizada aos assinantes e pode privar operadores de locais ou sítios da rede de adequada informação “hit”. Trata-se de informação sobre o número de pedidos relativos a um determinado material num sítio da rede, a partir da qual as receitas de publicidade são frequentemente calculadas. Por esta razão, a pessoa que coloque o material à disposição em linha pode estabelecer regras quanto à sua actualização, e pode utilizar meios tecnológicos para controlar o número de “hits.”

17. Este limite é aplicável a actos de carregamento temporário e intermédio, quando realizado através de um processo técnico automático com o propósito de tornar o material disponível a assinantes que subsequentemente o peçam.

Para que o prestador de serviços possa beneficiar deste limite deverá respeitar as seguintes condições: 1.^a o conteúdo do material retido não deve ser modificado; 2.^a o prestador deve observar as regras sobre a actualização (ou “refrescamento”) de material, recolocando cópias retidas de material a partir da localização original, quando especificado de acordo com um protocolo padrão de comunicação de dados geralmente aceite na indústria; 3.^a o prestador não deve interferir com tecnologia que devolve informação “hit” à pessoa que enviou o material, na medida em que essa tecnologia respeite certos requisitos; 4.^a o prestador deve limitar o acesso do utilizador ao material de acordo com as condições de acesso¹¹⁵ impostas pela pessoa que enviou o material; 5.^o qualquer material que tenha sido enviado sem a autorização do titular de direitos de autor deve ser prontamente removido ou bloqueado logo que o prestador tenha sido notificado de que esse material foi removido, bloqueado, ou ordenado para ser removido ou bloqueado, no sítio de origem.

D. Informação Residente

18. Em terceiro lugar, é regulado o limite para informação residente em sistemas ou redes em direcção a utilizadores¹¹⁶. A responsabilidade dos prestadores de serviços é limitada em relação ao material infractor nos sítios da rede (ou outros repositórios de informação) acolhido nos seus sistemas.

Para poder beneficiar deste limite, os prestadores de serviços em linha devem respeitar as seguintes condições: 1.^a o prestador não deve ter o requisito de nível de conhecimento da actividade infractora, como descrito atrás; 2.^a se o prestador tiver o direito e a capacidade de controlar a actividade infractora, não deve receber um benefício financeiro directamente atribuível à actividade infractora; 3.^o o prestador deve expedientemente eliminar ou bloquear o acesso ao material, uma vez notificado apropriadamente de queixa de infracção. Para o efeito, o prestador de serviço deve ter entregado ao Copyright Office a designação de um agente para receber notificações de queixa de infracção. Além disso, nos termos do padrão de conhecimento, o prestador de serviços apenas poderá beneficiar deste limite de responsabilidade se não tiver conhecimento real da infracção (1), não estiver ao corrente de factos ou circunstâncias a partir das quais a actividade de infracção

¹¹⁵ Por exemplo, palavra chave de protecção.

¹¹⁶ Sec. 512(c).

seja aparente (2), ou, estando-o, responda prontamente no sentido de eliminar o material ou bloquear o acesso a ele (3).

19. Por outro lado, são previstos procedimentos relativos aos termos apropriados da notificação e regras quanto aos seus efeitos¹¹⁷. No procedimento de aviso e eliminação, o titular de direitos de autor apresenta ao agente designado do prestador de serviços uma notificação sob pena de perjúrio, incluindo uma lista de elementos especificados. O não cumprimento substancial dos requisitos legais significa que a notificação não será considerada na determinação do requisito do nível de conhecimento pelo prestador de serviços. Se, tendo recebido uma notificação apropriada, o prestador de serviços prontamente remover ou bloquear o acesso ao material identificado na notificação, o prestador será isento de responsabilidade pecuniária. Além disso, o prestador é protegido contra qualquer responsabilidade relativamente a queixas de qualquer pessoa fundadas em ter eliminado o material¹¹⁸.

Depois, são também previstas certas salvaguardas de protecção contra possíveis notificações erróneas ou fraudulentas. Para começar, ao assinante é concedida a oportunidade de responder ao aviso de eliminação preenchendo uma contra-notificação. De modo a poder obter protecção contra responsabilidade por eliminação do material, o prestador de serviços deve notificar prontamente o assinante de que removeu ou bloqueou o acesso ao material. Se o assinante submeter uma contra-notificação observando os requisitos legais, incluindo uma declaração sob pena de perjúrio de que o material foi removido ou bloqueado por erro ou identificação errónea, então a menos que o titular dos direitos de autor interponha uma acção visando uma ordem de tribunal contra o assinante, o prestador de serviços deverá colocar o material de novo em utilização no prazo de 10 a 14 dias úteis após recebimento da contra-notificação.

As representações erróneas conscientes de materiais num aviso ou num contra-aviso são puníveis. Qualquer pessoa que conscientemente represente erronea e materialmente que o material é infractor, ou que foi removido ou bloqueado por erro ou identificação errónea, é responsável por quaisquer danos daí resultantes (incluindo custas e honorários de advogados) que sofra o alegado infractor, o titular dos direitos de autor ou o seu licenciado, ou o prestador de serviços¹¹⁹.

E. Utensílios de Localização de Informação (“browsers” e outros agentes electrónicos)

¹¹⁷ Sec. 512(c)(3).

¹¹⁸ Sec. 512(g)(1).

¹¹⁹ Sec. 512(f).

20. O limite relativo aos utensílios de localização de informação está regulado na secção 512(d). Este limite abrange ligações em hipertexto (“hyperlinking”), directórios em linha, motores de pesquisa e outros semelhantes.

É limitada a responsabilidade pelos actos de referência ou ligação de utilizações a um sítio que contém material infractor mediante utilização de tais utensílios de localização de informação, na medida em que sejam observadas as seguintes condições: 1.^a o prestador não deve ter o requisito grau de conhecimento de que o material é infractor, sendo o padrão de conhecimento o mesmo que vale para o limite relativo a informação residente em sistemas ou redes; 2.^a se o prestador tiver o direito e a capacidade de controlar a actividade infractora, o prestador não deve receber um benefício financeiro directamente atribuível a essa actividade; 3.^o mediante recepção de notificação de infracção reclamada, o prestador deve expedientemente eliminar ou bloquear o acesso ao material.

21. Trata-se, no essencial, das mesmas condições que valem para o anterior limite (informação residente). De igual modo, aplicam-se neste limite as prescrições que estabelecem salvaguardas contra a possibilidade de notificações erróneas ou fraudulentas, *supra* referidas, bem como as que protegem o prestador de serviços contra reclamações baseadas em ter eliminado o material.

F. Responsabilidade de Instituições de Ensino Não Lucrativas

22. Para terminar a problemática dos limites de responsabilidade dos prestadores de serviços em linha interessa considerar ainda certas regras especiais relativas à responsabilidade de instituições de ensino não lucrativas.

Com efeito, a secção 512(e) dispõe que os actos ou o conhecimento de um membro de Faculdade ou estudante graduado empregado, que esteja a desempenhar uma função de ensino ou investigação, podem afectar a elegibilidade de uma instituição educativa não lucrativa para um dos quatro limites de responsabilidade. Relativamente aos limites de comunicações transitórias ou memória tampão, o membro da Faculdade ou o estudante serão considerados uma pessoa diferente do prestador, de modo a evitar que a instituição não possa beneficiar desses limites.

23. Quanto aos outros limites, se o membro da Faculdade ou o estudante tiverem conhecimento ou estiverem ao corrente da infracção, tal não será atribuído à instituição. Para o efeito deverão estar reunidas as seguintes condições: 1.^a as actividades infractoras do membro da Faculdade ou do estudante graduado não envolvam a prestação de acesso em linha a materiais do curso que tenham sido exigidos ou recomendados durante os

últimos três anos; 2.^a a instituição não tenha recebido mais do que duas notificações durante os últimos três anos de que o membro da Faculdade, ou o estudante graduado, esteve em infracção; 3.^a a instituição preste a todos os seus utilizadores materiais informativos descrevendo e promovendo o cumprimento pelos direitos de autor.

§ IV. Manutenção ou Reparação de Computadores

24. O título III da DMCA estende a isenção relativa aos programas de computador prevista na secção 117 da lei dos direitos de autor, a qual permite ao proprietário de uma cópia de um programa de computador fazer reproduções ou adaptações quando necessárias para usar o programa em conjunto com um computador. A isenção é agora alargada no sentido de permitir ao proprietário ou utilizador autorizado de um computador fazer ou autorizar a feitura de uma cópia de um programa de computador no decurso da manutenção ou reparação do computador (“back-up copy”).

Porém, a isenção apenas permite a cópia que é feita automaticamente quando o computador está activado, e apenas se o computador já contém licitamente uma cópia autorizada do programa. Além disso, a cópia não pode ser utilizada de nenhum outro modo e deve ser destruída imediatamente logo após estar completa a manutenção ou reparação.

§ V. Vários

25. A DMCA contém ainda no título IV outras provisões destinadas a regular problemas vários dos direitos de autor, como sejam as gravações efémeras dos radiodifusores (1), o estudo da educação à distância (2), a isenção para bibliotecas não lucrativas e arquivos (3), a introdução de um direito de difusão na rede que emenda o direito de execução digital nas gravações sonoras (4), e a assunção de obrigações contratuais mediante transferências de direitos nos desenhos animados (5). Além disso, no título V introduz um novo capítulo 12 no título 17 do U.S. Code em ordem a conceder protecção a certos desenhos originais. Não trataremos desta última questão, limitando-nos a analisar aspectos do título IV.

26. A secção 402 da DMCA alarga a isenção de realização de gravações efémeras prevista na secção 112 da lei dos direitos de autor. Este alargamento da isenção traduz-se na inclusão de gravações que são feitas para facilitar a transmissão digital de gravações sonoras quando a transmissão é feita nos termos da isenção para radiodifusão digital ou licença legal. Além disso, a secção 112 permite também em algumas circunstâncias o contornamento de tecnologias de controlo de acesso em ordem a permitir a uma organização fazer uma gravação efémera.

A isenção de gravações efémeras destina-se a permitir a realização de gravações que são feitas para facilitar a transmissão. Nos termos desta isenção, por exemplo, uma estação de rádio pode gravar um conjunto de canções e radiodifundir a partir da nova gravação ao invés de a partir do CD original, o qual, de outro modo, teria que ser mudado durante o curso da radiodifusão. Antes da aprovação da DMCA, a secção 112 permitia a uma organização de transmissão fazer e reter durante até 6 meses (daí o termo efémeras) não mais do que uma cópia de uma obra se essa organização estivesse autorizada a transmitir uma execução ou exibição pública da obra, seja nos termos de uma licença, seja em virtude do facto de que não existe nenhum direito geral de execução pública de gravações sonoras (ao invés das obras musicais).

A lei sobre o direito de execução digital nas gravações sonoras¹²⁰ criou, pela primeira vez na lei dos direitos de autor dos Estados Unidos, um direito de execução pública para as gravações sonoras, embora limitado. Com efeito, este direito apenas abrange execuções públicas por meio de transmissão digital e está sujeito a uma isenção para radiodifusão digital — ou seja, transmissões realizadas por estações de radiodifusão terrestre licenciadas pela autoridade competente — e a uma licença legal para certas transmissões de assinatura que não são feitas a pedido, isto é, em resposta ao pedido específico do receptor.

27. Relativamente à educação à distância, nos trabalhos preparatórios da DMCA manifestou-se interesse em alterar a lei dos direitos de autor em ordem a promover a educação à distância. Tal alteração operar-se-ia, possivelmente, através do alargamento da isenção prevista na secção 110(2) para a radiodifusão de instrução. Todavia, esse alargamento não foi aprovado.

Não obstante, a secção 403 do DMCA encarrega o “Copyright Office” de consultar as partes interessadas e fazer recomendações ao Congresso sobre o modo como promover a educação à distância através das tecnologias digitais. Para além de outras questões que possa considerar apropriadas no tratamento da questão, o “Copyright Office” deverá considerar: a necessidade de uma nova isenção (1); as categorias de obras a incluir em qualquer isenção (2); limites quantitativos substanciais relativamente a partes de obras que possam ser utilizadas sob qualquer isenção (3); que partes deverão beneficiar de uma isenção (4); que partes deveriam poder ser beneficiadas como receptores de material de educação à distância sob qualquer isenção (5); em que medida a utilização de medidas de protecção tecnológica deveria ser imposta como condição de elegibilidade para qualquer

¹²⁰ “The Digital Performance Right in Sound Recordings Act” (DPRA), 1995.

isenção (6); e, finalmente, em que medida a disponibilidade de licenças deveria ser considerada na determinação da elegibilidade para qualquer isenção (7).

28. Apesar de não ter sido adoptada essa isenção para educação à distância, foi instituída uma isenção para bibliotecas não lucrativas e arquivos. A secção 404 da DMCA altera a isenção para bibliotecas não lucrativas e arquivos constante da secção 108 da lei dos direitos de autor no sentido de abranger tecnologias digitais e processos emergentes de preservação.

Antes da aprovação da DMCA, a secção 108 permitia a tais bibliotecas e arquivos fazerem uma cópia analógica fac-simile (ou seja, não digital) de uma obra para fins de preservação e empréstimo interbibliotecário. Tal como alterada, a secção 108 permite a realização de até 3 cópias, que podem ser sob forma digital, na medida em que as cópias digitais não sejam colocadas à disposição do público fora das instalações da biblioteca.

Além disso, a secção modificada permite a uma tal biblioteca ou arquivo copiar uma obra num novo formato se o formato original se tornar obsoleto, ou seja, se a máquina ou dispositivo utilizado para tornar a obra perceptível já não for produzido ou já não estiver disponível no mercado em condições razoáveis.

29. Por outro lado, foram introduzidas alterações ao direito de execução digital nas gravações sonoras para incluir a difusão em rede. Como foi *supra* referido, em 1995 com a adopção da DPRA foi criado um direito de execução nas gravações sonoras que é limitado às transmissões digitais. Nos termos dessa legislação, três categorias de transmissão digital eram visadas: as transmissões de radiodifusão, as quais foram isentas do direito de execução (1); as transmissões de subscrição, que foram em termos gerais sujeitas a uma licença legal (2); e as transmissões a pedido, as quais foram sujeitas ao pleno direito exclusivo (3). Para efeitos daquele diploma, por transmissões de radiodifusão entende-se as transmissões efectuadas por estações de radiodifusão terrestre licenciadas pela autoridade competente.

Nos últimos anos várias entidades começaram a fazer transmissões digitais de gravações sonoras na Internet usando para o efeito tecnologias “streaming audio”. Esta actividade não cai propriamente em nenhuma das três categorias que foram visadas pela DPRA. Nesse sentido, a secção 405 da DMCA altera aquele diploma, alargando a licença legal para as transmissões em subscrição de modo a incluir a difusão em rede como uma nova categoria de transmissões elegíveis em não-subscrição.

Para além de alargar o âmbito da licença legal, o DMCA revê os critérios que qualquer entidade deve observar de modo a poder beneficiar da licença. Para os que estão sujeitos à

“clausula do avô” (“grandfather-clause”), os critérios existentes não são alterados. Revê também as considerações para determinar as taxas (de novo, sujeitas à “cláusula do avô”) e dirigir os painéis de arbitragem convencionados nos termos da lei para estabelecer as taxas de preço (“royalties”) segundo um valor justo de mercado.

30. Esta norma da DMCA cria também uma nova licença legal para a realização de gravações efémeras. Tal como indicado acima, a secção 403 da DMCA altera a secção 112 da lei dos direitos de autor de modo a permitir a realização de uma única gravação efémera para facilitar a transmissão digital de gravações sonoras que seja permitida nos termos quer da isenção de radiodifusão introduzida pela DPRA quer de licença legal.

As organizações de transmissão que queiram fazer tais gravações efémeras adicionais de uma gravação sonora que seja permitida pela isenção da secção 112 são agora elegíveis para uma licença legal para fazerem tais gravações efémeras adicionais. Além disso, a nova licença legal aplica-se à realização de gravações efémeras por organizações de transmissão que não sejam radiodifusores, os quais estão isentos do direito de execução digital, não sendo cobertos pela isenção alargada pela secção 402 da DMCA.

Abstract: Copyright Law, Technological Codes and the Digital Millennium Act. The US has enacted special copyright legislation (“The Digital Millennium Copyright Act”, DMCA) in order to implement the WIPO Internet Copyright Treaties (Dec. 1996). One of its most important aspects is the protection of “technological adjuncts”, the infringement of which is deemed to constitute a (serious) criminal offence. In Portugal, the Computer Crime Act did already provide criminal sanctions to certain acts now protected under copyright law in the US, namely illegitimate access to electronic databases. This paper, which evolved from a communication presented to the Conference on Copyright in a Digital World organized by the Faculty of Arts of the University of Coimbra, addresses the issue of database *sui generis* protection and its reinforcement by “technological measures”, where copyright law is eclipsed by new exclusive rights of information exploitation. It stresses that the so-called “digital agenda” seems to forget the social function of intellectual property, in special copyright, establishing new rights and reinforcing old ones in order to serve the interests of copyright industries in the new “El dorado” of electronic commerce. Moreover, it remembers that before the printing privileges there were already forms of author’s rights protection, namely the the Roman *Lex Fabia ex plagiaris* and the Irish King’s case-law “to every cow her calf and, consequently, to every book its copy”. So, if an access right is to be the key-word of digital copyright, the traditional social function of this form of intellectual property should not be erased, if it’s still about “copyright law”. Finally, in annex, it is provided a description of the executive summary of the US Digital Millennium Copyright Act.