

SOFTWARE: SENTIDO E LIMITES DA SUA APROPRIAÇÃO JURÍDICA*

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: § 1. Introdução: a problemática natureza jurídica do software. 1.1. Teses em confronto. 1.2. A solução legislativa e jurisprudencial. 1.3. A directiva comunitária e a lei interna do software. 1.4. O valor do direito comunitário. § 2. Comparação entre a directiva e a lei interna (direitos de autor anómalos?). 2.1. A protecção de formas originais de expressão informática. 2.2. Autoria, titularidade e direitos morais. 2.3. Os direitos de exploração económica (reprodução, transformação e distribuição). 2.4. Os direitos do utilizador. § 3. O jogo dos princípios da protecção jurídica do software. 3.1. O relevo económico do exclusivo de transformação e a liberdade de utilização do software. 3.2. Descompilação e interoperabilidade. 3.3. A protecção dos algoritmos e o imperativo da interoperabilidade. 3.4. Descompilação e manutenção de software. 3.5. Aspectos da natureza criminal da protecção.

§ 1. O direito de autor é uma forma de propriedade intelectual sobre formas de expressão literária, artística e científica, criadas pelo espírito humano e exteriorizadas na forma de obras intelectuais. À partida, nada parece obstar a que possa proteger também os programas de computador (ou *software*). Com efeito, os programas de computador são formas criativas no domínio da ciência, tendo em conta a expressão linguística em que se exprimem. Mas, todavia, não se trata de obras literárias, em sentido estrito (ou, pelo menos, clássico). Os programas de computador são obras funcionais, analisando-se num conjunto de instruções que permite a uma máquina desempenhar certas funções ou alcançar determinados resultados.

Nesse sentido, poder-se-ia dizer que o programa de computador é instrumental em relação à máquina (ou *hardware*). Porém, sucede antes, a nosso ver, uma relação inversa, uma vez que, no fundo, é a máquina que serve o programa de computador. Por outras palavras, o computador vale, fundamentalmente, pelos programas que pode executar. Ainda que se deva reconhecer que a relação é de recíproca interdependência, uma vez que a funcionalidade do programa é condicionada também pelas possibilidades técnicas dos dispositivos maquinais. No fundo, o software seria o órgão de pensamento da máquina.

* Direito da Internet e da Informática, Ordem dos Advogados, Centro Distrital do Porto, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, 73-136. Texto de apoio à conferência intitulada "Tutela jurídica dos programas de computador (direitos de autor *versus* direito sobre invento industrial; os direitos e obrigações do utilizador de software)", proferida no dia 17 de Janeiro de 2003, no âmbito do ciclo de conferências sobre direito da informática organizado pelo Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados.

Vem esta referência a propósito da especial natureza do software, dita “híbrida” ou *sui generis*, um misto de máquina e de texto. Fala-se de obras funcionais, em razão da sua natureza utilitária. Daí as dificuldades em encontrar uma qualificação jurídica adequada para os programas de computador no quadro dos direitos de propriedade intelectual. São obras literárias ou artísticas, que se protegem pelo direito de autor? Ou são antes invenções, que se protegem pelo direito de patente? Ou será que não são nem uma coisa nem outra, pelo que reivindicam a instituição de um novo direito de propriedade intelectual?

A solução legal adoptou o direito de autor como a forma de propriedade intelectual mais adequada para proteger os programas de computador. Mas, de algum modo, a questão foi bem cedo prejudicada. Dir-se-ia que os europeus viram primeiro e, em 1972, adoptaram a Convenção de Munique sobre a patente europeia, que exclui do seu objecto de protecção os programas de computador, enquanto tais. Nesse sentido, a porta da lei das patentes ficou aberta apenas para as chamadas invenções relacionadas com programas de computador, que todavia não se confundem com os programas.

Assim, decidido em 1972 fechar a porta das patentes, não restava senão: ou instituir uma nova forma de propriedade intelectual; ou permitir a protecção do software pelo direito de autor. Foi isso que fizeram em 1980 os norte-americanos e em 1985 todos os países europeus do G-7. Noutros países a discussão doutrinal continuou acesa, embora a jurisprudência fosse gradualmente acolhendo a tese da protecção pelos direitos de autor (ou «copyright»). Em 1991 foi adoptada a Directiva 91/250/CEE, que sufragou esta orientação e ancorou a protecção do *software* na Convenção de Berne para a protecção das obras literárias e artísticas. Porém, a qualificação legal como obras literárias ainda hoje suscita reservas. Não obstante, foi retomada no Acordo TRIPS/ADPIC e no Tratado da OMPI sobre direito de autor.

Pelo que tanta insistência dos instrumentos legais na natureza literária dos programas de computador só poderá significar que, no domínio do direito, os programas de computador são trabalhos de literatura. Embora se deva acrescentar que dificilmente serão candidatos elegíveis ao prémio Nobel da literatura... Mas mais uma vez isto mostra como o direito constrói um código linguístico à margem da linguagem corrente. Resta saber se os dicionários serão um dia alterados no sentido de atribuir à palavra “literatura” o significado programa de computador...

De resto, a linguagem corrente é naturalmente polissémica, pelo que dizer que um programa de computador é uma obra literária, em razão da forma linguística em que se exprime, talvez não seja, afinal, corromper a palavra literatura. Mas, enfim, deixemos essa tarefa para os linguistas.

O problema da tutela jurídica dos programas de computador é, de facto, uma questão muito discutida e polémica, sobre a qual nos temos debruçado em diversos trabalhos. Ainda, recentemente, tivemos o privilégio de publicar um estudo sobre o tema no número especial do Boletim da Faculdade de Direito, comemorativo do seu 75.º volume¹. De resto, temos dedicados boa parte dos nossos estudos às questões da propriedade intelectual e das novas tecnologias², versando alguns deles exclusivamente sobre a questão da protecção do «software»³, com especial destaque para a dissertação que elaborámos sobre informática e direito de autor.⁴ Procuraremos, agora, expor as principais linhas com que se tece o problema e apresentar vias de solução para problemas práticos.

1.1. Desde os anos sessenta que os autores têm tomado posições não consensuais sobre a *vexata quæstio* da protecção jurídica do *software*, encontrando-se ainda hoje muito divididos⁵. Pelo que interessa revisitar as teses em confronto, bem como os

¹ DIAS PEREIRA, Alexandre, *Protecção jurídica e exploração negocial de programas de computador*, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002 (Volume Comemorativo do vol. 75 do Boletim). Este estudo sintetiza as principais conclusões de um anterior relatório de investigação sobre “direito de autor e contratos de *software*”, elaborado no âmbito das actividades de investigação realizadas entre 1994 e 1995 no Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o qual, aliás, serviu de base ao texto sobre *Contratos de «Software»*, incluído nos *Textos de apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo de 1995/1996*, A. PINTO MONTEIRO, *Direito dos Contratos e da Publicidade*, Coimbra 1996.

² Vide, por ex., DIAS PEREIRA, Alexandre, *Internet, direito autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de Abril de 1998, Coord. António Pinto Monteiro, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999, p. 263 ss; *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, BFD, LXXV, p. 475 ss; *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, III, Dezembro 1999, Lisboa, p. 915 ss; ; *The Protection of Intellectual Property in the Legal Framework of Electronic Commerce and the Information Society*, BFD, LXXVI, pp. 289 ss; *Da obra multimedia como objecto de direitos de propriedade intelectual: arte digital, programas de computador e bases de dados electrónicas*, BFD, *Studia Iuridica* 61, Ad Honorem– 1, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 435 ss; *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento n.º 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, BFD, LXXVII, 2001, pp. 633 ss; *Circuitos Integrados: Protecção Jurídica das Topografias de Produtos Semicondutores*, in *Direito Industrial*, Vol. II, Faculdade de Direito de Lisboa / APDI - Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 309 ss; *A Globalização, a OMC e o Comércio Electrónico*, in *Temas de Integração, A Globalização, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Uruguay Round*, n.º 12, 2002, Coimbra, Almedina, pp. 131 ss; *A Liberdade de Navegação na Internet: Browsers, Hyperlinks, Meta-tags*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 227 ss; *Arte, tecnologia e propriedade intelectual*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, 2002; e, em publicação, *Música e Electrónica*, 2003, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, APDI/FDUL, Coimbra, Coimbra Editora.

³ DIAS PEREIRA, Alexandre, *Patentes de software: sobre a patenteabilidade dos programas de computador*, in *Direito Industrial*, Vol. I, APDI, Coimbra Editora, Coimbra, 2001; Idem, “O direito de autor e o problema da protecção do software”, comunicação apresentada na “Semana da Propriedade Intelectual”, realizada pelo IPN – Instituto Pedro Nunes, nos dias 7 a 11 de Outubro de 2002, em Coimbra.

⁴ DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, *Studia Iuridica* 55, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2001 (publicação, com actualizações, da Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, FDUC, Coimbra 1998).

⁵ Sobre o tema vide, por ex., entre nós, REBELLO, Luiz Francisco, *Protecção Jurídica dos Programas de Computador*, Memórias da Academia das Ciências de Lisboa, T. XXIII, 1983, pp. 201 ss; OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, ROA 1990, p. 69 s; Idem, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra 1992, p. 473 s; MOURA E SILVA, DirJ 1993, p. 253 s; LOPES ROCHA, *Direito da Informática: Estudo introdutório*, 1994; EDUARDA GONÇALVES,

argumentos em que se apoiam. Começaremos por referir o ponto de partida sobre o qual os autores estão quase unanimemente de acordo: o *software* é uma *coisa incorpórea*, devendo ser protegido mediante a concessão de um *direito exclusivo de exploração*, a fim de recompensar o esforço do seu criador e de proteger os investimentos financeiros implicados na sua produção. O desacordo começa, no entanto, quando se discute a qualificação do *software* dentro das coisas incorpóreas (*obra? invenção? coisa incorpórea sui generis?*) e, nessa medida, a natureza do direito exclusivo a conceder.

Confrontaram-se fundamentalmente duas teses. De um lado, a tese segundo a qual o *software* qualificar-se-ia como *obra* (do tipo, segundo o entendimento dominante, das *obras literárias*), devendo, por isso, ser protegido pelo *direito de autor*. De outro lado, a tese de que o *software* seria de qualificar como *invenção*, devendo, por isso, ser protegido pelo *direito das patentes*. Porém, a rebeldia da natureza do *software* cedo atingiu a pureza destas duas teses. Pelo que, a primeira tese viu-se obrigada a propugnar normas especiais para o *software*, sem, no entanto, abdicar das suas premissas: o *software* qualificar-se-ia como obra (literária), sendo, por isso, protegido pelo direito de autor, ainda que com especialidades de regime. O mesmo não se passou com a segunda tese, uma vez que, salvo casos excepcionais, os seus representantes viram-se forçados a abandonar as suas premissas iniciais e a defender que o *software* teria uma natureza híbrida, seria, enfim, *uma espécie de tertium genus* entre as obras e as invenções, devendo por isso, enquanto incorporalidade *sui generis*, ser protegido, por um regime igualmente *sui generis*.

A tese que fez carreira na legislação e na jurisprudência foi a tese da protecção do *software* pelo direito de autor. Mas, por que razão ou razões tantos autores aderiram e aderem à segunda tese? Ou seja, que argumentos invocam para sustentar que o *software* não deve ser protegido pelo direito de autor, mas antes — na impossibilidade de o proteger pelo direito das patentes — por um direito *sui generis*? São três os argumentos principais em que se apoia esta tese. Em primeiro lugar, a *raison d'être* essencialmente *utilitária* do *software*. Em segundo lugar, a *função não comunicativa da linguagem de programação do software*. Em terceiro lugar, a *impossibilidade de cindir o conteúdo ideativo*

Direito da Informação, Coimbra 1994; LOPES ROCHA/PEDRO CORDEIRO, *A protecção jurídica do «software»*, 2.^a ed., Lisboa, 1995; VELOSO, António, Portugal, in Jongen / Meijboom (ed.), *Copyright Protection in the EC*, Deventer-Boston, 1993; SAAVEDRA, Rui, *A protecção jurídica do software e a Internet*, Lisboa, 1998; para o direito comparado, vide, por ex., LUZZATTO, "La crisi del 'software'", in *Problemi Attuali del Diritto Industriale*, Milano 1977, p. 719 s; ALPA (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Milano, 1984; MILLARD, *Legal Protection of Computer Programs and Data*, London, 1985; KESSLER, *Le Logiciel*. Protection Juridique, Paris 1986; SCHAMMING, *Le Droit du Logiciel*, Paris 1990; CZARNOTA/HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe*, London, 1991; LEHMANN, (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., Köln, 1993; KOCH/SCHNUPP, *Software-Recht*, Berlin, 1991; MORITZ/TYBUSSECK, *Computersoftware: Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, 2. Aufl., München, 1992; RISTUCCIA/ZENO-ZENCOVICH, *Il software nella dottrina e nella giurisprudenza (con 40 decisioni di giudici italiani)*, Padova, 1990; LEHMANN/TAPPER, (ed.), *A Handbook of European Software Law*, Oxford 1993.

funcional do software da sua forma expressiva, ou seja, a impossibilidade de nele separar o texto, código ou fórmula, das ideias, dos princípios, da lógica e dos algoritmos ou processos. Decisivo para esta orientação é o último argumento, porquanto, incidindo a tutela jurídico-autoral apenas sobre a forma expressiva da obra, e não sobre o seu conteúdo ideativo funcional, e não sendo possível operar esta cisão no *software*, estar-se-ia a violar as fronteiras do âmbito teleológico de protecção do direito de autor.

Assim, para esta perspectiva, o *software* qualificar-se-ia como invenção, devendo por isso ser protegido pelo direito das patentes. E qualificar-se-ia como invenção por causa da sua *raison d'être* essencialmente *utilitária* e, sobretudo, por causa da *servilidade* e *incindibilidade* da sua forma expressiva ao seu conteúdo ideativo funcional. A essência do *software* radicaria, portanto, no seu conteúdo ideativo funcional, ou seja, num processo, não sendo o texto do programa senão uma sua expressão obrigatória e, por isso, servil. Pelo que deveria o *software* ser qualificado como *coisa incorpórea do tipo das invenções* e, como tal, protegido pelo *direito das patentes*.

Só que, na prática, a protecção do *software* pelo direito das patentes afigurava-se como deveras *problemática*, atentos os requisitos materiais e formais exigidos pelo processo de concessão de patente. Acresce que, nos termos do n.º 2, alínea c), e do n.º 3 do artigo 52.º da Convenção de Munique sobre a Patente Europeia⁶, os programas de computador, enquanto tais, foram, juntamente com outras ideias, *expressamente excluídos do catálogo das invenções susceptíveis de protecção pelo direito das patentes*⁷. Ora, atenta aquela razão prática e esta razão jurídica, muitos dos autores que defendiam a tese da patenteabilidade do *software* procuraram uma nova forma de protecção, que não o direito de autor. Surgiu então a tese da *natureza sui generis do software*: o *software* teria uma *natureza híbrida*, seria uma espécie de *tertium genus* entre a invenção e a obra, enfim, uma incorporalidade *sui generis*, a qual deveria ser protegida por um regime também *sui generis*. Via semelhante, de resto, tinha já sido seguida pelo legislador comunitário a propósito da protecção às *topografias de produtos semicondutores*.⁸

1.2. Mas, a tese da natureza *sui generis* do *software* não teria grande acolhimento, quer na legislação, quer na jurisprudência. Exceptuando da Bulgária, que adoptou um regime *sui generis* para proteger o *software*, praticamente todos os países afinaram o diapasão pelo legislador norte-americano, o qual alterou em 1980 o seu regime de *copyright* para abranger expressamente o *software* no seu âmbito de protecção, inserindo-o no catálogo

⁶ Cfr. Decreto-Lei n.º 52/91, de 30 de Agosto.

⁷ Cfr. art. 48.º, 1-d e 3 do Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro.

⁸ Ver Directiva n.º 87/54/CEE, do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, transposta para a nossa ordem jurídica interna pela Lei n.º 16/89, de 30 de Junho.

das obras literárias. Desde então muitos foram os países que lhe seguiram as pisadas, tais como, a Hungria (1983), a Austrália (1984), o Japão, a Alemanha, a França e o Reino Unido (1985), a Espanha e o Brasil (1987), o Canadá e Israel (1988), a Dinamarca (1989), etc.⁹

Nesta linha, a Comunidade Europeia adoptaria a Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, determinando "que os Estados-membros devem conceder protecção aos programas de computador ao abrigo dos direitos de autor, considerando-os como obras literárias" (considerando 6). A solução dos direitos de autor remontava ao Livre Verde da Comissão sobre os direitos de autor e o desafio da tecnologia, no quadro da política de harmonização das legislações dos Estados-membros em matéria de propriedade intelectual e industrial, traçada no seu livro Branco sobre a realização do Mercado Interno¹⁰. Por outro lado, a internacionalização da protecção do *software* pelo direito de autor, enquanto obra literária, atingiria o seu auge no âmbito das negociações do GATT, com o artigo 10.º do TRIPs/ADPIC.

Em que argumentos se fundamenta a tese que qualifica o *software* como coisa incorpórea do tipo das obras (literárias), protegendo-o pelo direito de autor? Por que razão ou razões obteve essa tese o referido acolhimento nas ordens jurídicas internas de tantos países com sistemas de direito tão díspares? Porque não seguiram antes a via do regime jurídico *sui generis*? São quatro os argumentos principais que se invocam para defender esta tese. Em primeiro lugar, a *raison d'être* essencialmente utilitária do *software* não o exclui do âmbito de protecção do direito de autor, porque, no plano patrimonial, a obra não é protegida enquanto fonte de fruição estética ou artística, mas enquanto *fonte de exploração económica*. Em segundo lugar, não é certo que a linguagem dos textos do *software* não tenha uma função comunicativa: desde logo, porque *é inteligível aos programadores*, sendo nela que exprimem as suas ideias e princípios, bem como a lógica e os algoritmos que utilizam; e, depois, porque *permite aos utilizadores inter-comunicar com o programa*. Em terceiro lugar, a incindibilidade da forma expressiva do programa do seu conteúdo ideativo funcional é algo *quod erat demonstrandum*. Ou seja, é algo que só em concreto se pode provar, não se podendo, ao invés — *et pour cause* —, partir do princípio da não cindibilidade e, por isso, da servilidade da expressão ao processo ideativo.¹¹ Por

⁹ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *Le leggi sulla tutela dei programme per elaboratore in Italia e nel Mondo*, Padova 1992, p. 1 ss.

¹⁰ As razões ou motivos que animam o *impulso legislativo* constam dos 5 primeiros considerandos do preâmbulo, resumindo-se, em termos gerais, na precaridade e disparidade de protecção do *software* nos diversos Estados-membros (1.º), no contraste entre os esforços humanos e financeiros que a sua produção exige e a facilidade e baixos custos da sua reprodução (2.º), na importância fundamental que as tecnologias dos programas de computador têm para o desenvolvimento da indústria (3.º), na susceptibilidade de aquelas diferenças de regime terem efeitos directos e negativos no funcionamento do mercado comum (4.º), na necessidade, portanto, de eliminar tais diferenças (5.º).

¹¹ Tanto mais que os peritos seriam unânimes em afirmar que, de um modo geral, um algoritmo pode ser implementado de modos diversos. Assim, fazendo fé nos peritos, reconhece-se ao programador uma margem

último, aduz-se ainda uma outra razão de carácter geral, qual seja: a *compreensão* do direito de autor deve ser *dinâmica*, no sentido de acompanhar a mutação histórica da realidade, se quiser cumprir neste nosso tempo o seu desígnio de proteger as obras de engenho do espírito humano. Ao invés de ficar preso à realidade que o fez emergir, o direito de autor deve acompanhar as mudanças dessa realidade, dando resposta às exigências a que possa, pela função que desempenha, validamente atender. E, para a tese da via dos direitos de autor, esse seria hoje o caso do *software*, tal como fora ontem para uma vasta série de novos tipos de obra (por exemplo, as obras de arte aplicada e as obras audiovisuais).¹²

1.3. São estes os argumentos em que se fundamenta a tese da protecção do *software* pelo direito de autor. Esses argumentos lograram convencer a jurisprudência da generalidade dos países, mesmo antes de o legislador se ter pronunciado sobre o problema. Na verdade, desde os primeiros casos que os tribunais foram, de um modo geral, unânimes em sufragar a tese da protecção do *software* pelo direito de autor. O que se discutia, na ausência de norma expressa, *era a qualificação do software dentro dos tipos de obras protegidas*, procurando apurar-se se o *software* se configurava, nomeadamente, como obra *literária, artística* ou *científica*.¹³ Pelo que, pressupondo que o *software* se qualificava como obra, o que ocupava então a jurisprudência era saber que tipo de obra era essa. Via de regra, concluía pela natureza de *obra literária* do *software*. Assim, tal como as restantes obras literárias, *seria o software protegido pelo direito de autor na medida em que fosse original*.

Ora, de um modo geral, a jurisprudência não aceitava nem o argumento de que no *software* não se podia cindir a forma do conteúdo, a expressão da ideia, nem os argumentos da *raison d'être* essencialmente utilitária dos programas e da função não comunicativa da sua linguagem. Pelo contrário, admitia que o *software* pudesse constituir obra e ser protegido pelo e nos termos do direito de autor. Importava, assim, começar por saber em que tipo de obra se enquadrava o *software*, a fim de discernir qual e em que termos a sua forma expressiva merecia tutela.

de liberdade na escrita do *software* que possibilita a originalidade do programador. De todo o modo, o direito de autor só protege a forma expressiva do programa, não já o seu conteúdo ideativo funcional. E só a protege na medida em que seja original, isto é, na medida em que não seja uma cópia do texto de outro *software* e que exprima uma possibilidade de opção pelo programador.

¹² Cfr., MILLER, Arthur, *Copyright protection for computer programs, databases, and computer-generated works: is anything new since CONTU?*, Harvard LR 5(1993), pp. 985 ss.

¹³ A importância desta qualificação está no facto de, para que as obras de artes aplicadas, os desenhos ou modelos industriais e as obras de design e fotográficas sejam protegidas pelo direito de autor, é necessário não apenas que sejam originais, mas também que constituam criação artística do autor. Cfr. artigo 2.º, n.º 1, al. i, e art. 164.º do Código do Direito de Autor. Para mais arestos jurisprudenciais sobre a questão ver, por ex., DIAS PEREIRA, Alexandre, *Propriedade Intelectual: I. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Legislação Complementar e Jurisprudência, Direito Comunitário e Internacional*, Quarteto, Coimbra, 2002.

1.4. O saldo desta *vexata quæstio* é claramente favorável à protecção jurídica do *software* como obra literária pelo direito de autor. Interessa-nos saber qual o regime que vigora entre nós, isto é, como é protegido o *software* em Portugal? Será Portugal um país “alinhado” ou terá vingado, entre nós, a tese da natureza *sui generis* do *software*?

Entre os autores havia divergências de opinião sobre o assunto. Talvez por isso tenha sido suprimida, aquando da aprovação, em 1985, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, uma menção expressa aos programas de computador que constava do elenco das obras protegidas, tal como previsto no projecto final. Não obstante, a nossa jurisprudência foi unânime em abranger o *software* na definição de obra constante do n.º 1 do artigo 2.º Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, atenta a natureza exemplificativa da enumeração das espécies de obras referidas nas diversas alíneas dessa disposição¹⁴, sufragando, desse modo, a tese da protecção do *software* pelo direito de autor¹⁵.

Por outro lado, Portugal é um Estado-membro da União Europeia. Nessa qualidade assistem-lhe direitos e incumbem-lhe deveres. Um desses deveres é justamente a transposição de directivas comunitárias para a sua ordem jurídica interna. As directivas são instrumentos de legislação comunitária que impõem aos Estados-membros uma *obrigação de resultado*. Ora, como vimos, o Conselho da CE adoptou uma directiva sobre a protecção jurídica de programas de computadores.¹⁶ Além disso, na interpretação do nosso diploma de transposição da directiva é necessário ter em conta certos *princípios fundamentais de direito comunitário*, como sejam, o princípio do primado do direito comunitário e os diversos princípios jurisprudenciais relativos ao valor normativo das directivas elaborados em diversos *leading cases* pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, tais como, a saber: o princípio do possível efeito directo das directivas, o princípio da responsabilidade do Estado-membro pela deficiente transposição das directivas, e, sobretudo, o princípio da interpretação e aplicação da legislação nacional em conformidade com a letra e o espírito das directivas.¹⁷

¹⁴ Cfr., por ex., Acórdão da Relação de Lisboa, de 26 de Abril de 1994.

¹⁵ Defendendo esta solução, REBELLO, L. F., *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado*, Lisboa 1985, p. 45.

¹⁶ Directiva essa que os Estados-membros estavam obrigados a transpor para as respectivas ordens jurídicas internas até 1 de Janeiro de 1993 (cf. art. 10.º, n.º 1). Contudo, essa data não foi cumprida à risca. Por exemplo, o Estado português só transpôs a directiva quase no final do ano de 1994. Cfr. Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro.

¹⁷ Ao nível do espírito, é de ter em conta que a directiva é animada por diversos *princípios fundamentais*, por certas linhas condutoras: 1.º proteger o *software* pelo direito de autor enquanto obra literária, determinando *quem, como e o que deve ser protegido*; 2.º proteger o utente legítimo do *software*, garantindo-lhe *certos direitos mínimos de utilização*; 3.º proteger e fomentar a *liberdade de concorrência* neste sector das tecnologias da informação.

Com efeito, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a “Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional em favor da qual os Estados limitaram os seus poderes soberanos, ainda que em áreas limitadas”¹⁸. Na sua relação com as ordens jurídicas internas dos Estados-membros, o Tribunal firmou os *princípios da supremacia do direito comunitário face ao direito nacional e da sua precedência em face dos tribunais nacionais*¹⁹. Sendo que na implementação da legislação comunitária estarão os Estados-membros vinculados por um “princípio da lealdade à Comunidade”²⁰.

No quadro dos instrumentos de legislação comunitária, as directivas, ao contrário dos regulamentos, não gozam de aplicabilidade directa, no sentido de que requerem uma “forma especial de recepção” posterior da parte dos Estados-membros, que se traduz na sua transposição para as respectivas ordens jurídicas internas.²¹ Além disso, as directivas vinculam quanto ao resultado a ser alcançado, isto é, impõem aos Estados-membros uma *obrigação de resultado*.²² Mas, não é absoluta a liberdade de meios deixada aos Estados-membros na transposição das directivas para as respectivas ordens jurídicas internas, antes sendo vinculada ao resultado visado pela directiva, pois que segundo a jurisprudência do TJCE, “a escolha deixada aos Estados-membros relativamente à forma das medidas e dos métodos utilizados na sua adopção pelas autoridades nacionais depende do resultado que o Conselho ou a Comissão visam alcançar”²³.

¹⁸ Caso 26/62, 5.2.1963 (*van Gend en Loos v. Nederlandse*), ECR 1963, p. 8; v. ainda, por ex., caso 143/83, 30.1.1985 (*Commission v. Denmark*), ECR 1985, p. 427.

¹⁹ Caso 6/64, 15.7.1964 (*Costa v. Enel*), ECR 1964; caso 14/48, 13.2.1969 (*Wilhelm v. Bundeskartellamt*), ECR 1969, p. 1; caso 106/77, 9.3.1978 (*Simmenthal*), ECR 1978, p. 629; caso C-213/89, 19.6.1990 (*Factortame*), Rec. 1990, p. 2434. A reacção dos Estados-membros a esta jurisprudência comunitária permitiu afirmar o princípio da “supremacia absoluta sobre o direito nacional” (HARTLEY, T.C., *The Foundations of European Community Law*, Oxford: Clarendon, 1988, p. 219), traduzindo-se na precedência da aplicação das normas comunitárias sobre as normas nacionais conflitantes, embora não se deva entender como prevalência sobre a Constituição: “Como quer que seja concebida a prevalência do ‘direito supranacional’ sobre o direito ordinário interno, é seguro, porém, que aquele *não pode prevalecer sobre a Constituição*, antes tem de ceder perante ela [...], *qualquer que seja a natureza ou a origem da norma.*” (GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 90).

²⁰ KAPTEYN, P. J. / THEMAAT, P. Verloren van, *Introduction to the Law of the European Communities*, Deventer: Kluwer, 1989, p. 86. Ver, por ex., caso 199/82, 9.11.1983 (*San Giorgio*), ECR 1983, p. 3595; caso C-217/88, 10.7.1990 (*Commission v. Germany*), Rec. 1990, p. 2879.

²¹ Esta orientação é afirmada pelos constitucionalistas, sustentando-se que “só existe direito que se imponha directamente aos cidadãos dos Estados-membros, se estes se obrigaram a isso, ao constituírem ou aderirem à organização, ou seja, *desde que e até ao ponto em que o tratado constitutivo da organização [internacional] preveja tal poder normativo*. Assim por exemplo, no caso da CEE, só terão cobertura constitucional (além do próprio Tratado de Roma e dos tratados que o alteraram, claro está) os *regulamentos* comunitários, previstos no art. 189º do Tratado, mas já não, em princípio, as *directivas*, igualmente previstas nesse lugar.” (GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, cit., p. 89).

²² Em comparação, quanto às recomendações, segundo a interpretação jurisprudencial firmada a nível comunitário, “os tribunais nacionais são obrigados a tomar em consideração as recomendações em ordem a decidir controvérsias que lhes tenham sido submetidas, particularmente quando clarificam a interpretação das medidas nacionais adoptadas com vista a implementar essas recomendações ou quando se destinam a complementar disposições comunitárias vinculantes” [caso C-322/88, 13.12.1989 (*Grimaldi*), Rec. 1989, p. 4421].

²³ Caso 38/77, 23.11.1977 (*Enka*), Rec. 1977, p. 2212. Considerando que o prazo de transposição é uma obrigação de resultado, v. Caso 102/79, 6.5.1980 (*Commission v. Belgium*), Rec. 1980, p. 1483.

Um outro princípio jurisprudencial a ter em conta nesta matéria é a possibilidade de as directivas terem *efeito directo* (vertical) após o decurso do período de transposição, não podendo a autoridade pública nacional prevalecer-se da sua não transposição.²⁴ A isto acresce o princípio da responsabilidade do Estado-membro por danos causados a indivíduos pela não transposição ou deficiente transposição das directivas.²⁵ De extrema importância quanto ao valor jurídico das directivas é, ainda, o *princípio da interpretação da lei nacional segundo a letra e o espírito da directiva*. Ainda nas palavras do Tribunal de Justiça, “na aplicação da lei nacional [...] os tribunais nacionais devem interpretar as suas leis nacionais à luz da letra e do fim da directiva em ordem a alcançar o resultado referido no número 3 do artigo 189. [...] Compete ao tribunal nacional interpretar e aplicar a legislação adoptada na transposição da directiva em conformidade com os requisitos do direito comunitário, na medida em que o possa fazer segundo a lei nacional”²⁶. Posteriormente o critério foi reafirmado em termos de a interpretação da lei nacional segundo a directiva dever ser feita em conformidade com resultado visado por aquela.²⁷

Deste *case-law* resulta, fundamentalmente, que, no plano da ordem jurídica comunitária em que Portugal se insere, *a directiva prevalece sobre o decreto em caso de conflito*. Pelo que é imprescindível ter em conta o regime consagrado pela directiva ao nível da interpretação da lei interna.

Por outro lado, na análise das directivas deve ser dada especial atenção aos preâmbulos, que revestem quase natureza interpretativa. Com efeito, certas questões que os textos das directivas parecem deixar em aberto encontram muitas vezes resposta nos respectivos preâmbulos. A interpretação de uma directiva consiste frequentemente num “ir e vir” do texto dos artigos aos considerandos do preâmbulo, nos quais são expostos resultados de questões tratadas ao longo dos trabalhos preparatórios, mas que só por essa via integram o texto das directivas.

Ora, ao invés do que, de um modo geral, fizeram os seus congéneres europeus²⁸, o legislador português transpôs a “directiva programas de computador”²⁹ para a ordem

²⁴ Ver caso 148/78, 5.4.1979 (*Tullio Ratti*), ECR 1979, p. 1629; caso 152/84, 26.2.1986 (*Marshall*), ECR 1986, p. 723; Caso 22/84, 15.5.1986 (*Johnson*), ECR 1986, p. 1651; caso C-188/89, 12.7.1990 (*Foster*), Rec. 1990, p. 3344. Os requisitos do efeito directo das normas comunitárias (clareza, precisão e preceptividade, suficiência e completude, incondicionalidade, e aptidão para a criação de direitos subjectivos para os particulares) têm sido interpretados, no que respeita ao seu alcance, como gerando apenas efeito directo vertical, isto é, os particulares apenas poderão invocar num tribunal nacional os seus direitos conferidos pela norma comunitária com efeito directo contra qualquer autoridade pública.

²⁵ Caso C-6,9/90 (*Francovich*), CMLR 1992, p. 557.

²⁶ Caso 14/83, 10.4.1984 (*Sabine*), ECR 1984, p. 1909.

²⁷ Caso C-106/89, 13.11.1990 (*Marleasing*), Rec. 1990, I, p. 4157.

²⁸ Cfr. LOPES ROCHA, Manuel / CORDEIRO, Pedro, *A protecção jurídica do software*, 2.ª ed., Lisboa: Cosmos, 1995, p. 85 s.

jurídica interna através de um diploma próprio³⁰, no qual condensou todas as normas específicas de protecção dos programas de computador.³¹ Diploma este que foi decalcado de um projecto resultante "de uma aturada reflexão sobre a matéria", e ao qual chegou a ser manifestado "total apoio"³². Ao instituir um regime jurídico especial para proteger os programas de computador, o nosso legislador terá encontrado — não apenas relativamente à técnica legislativa — inspiração na doutrina defendida, entre nós, pelo Prof. Oliveira Ascensão, que não aplaudia propriamente a solução comunitária, antes sendo um dos principais representantes da orientação crítica ao *copyright approach*³³. É verdade que a técnica legislativa utilizada não parece conflitar com os resultados prescritos pelo instrumento normativo comunitário. Todavia, é duvidoso que o regime jurídico instituído se encontre em total conformidade com a "letra" e o "espírito" da directiva, como temos vindo a sustentar.

Louva-se o legislador, no preâmbulo do diploma, de ter decidido "de acordo com a *melhor técnica* [...], criar um diploma *próprio* onde se condensem todas as normas *específicas* de protecção dos programas de computador, ao invés de se proceder a alterações no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos". Esta *melhor técnica* justificar-se-ia na medida em que "os conceitos nucleares de protecção dos programas de computador transportam novas realidades que não são facilmente subsumíveis às existentes no direito de autor, muito embora a equiparação a obras literárias possa permitir, *pontualmente*, uma aproximação". Assim, dispõe o n. 2 do art. 1.º que, "aos programas de computador que tiverem carácter criativo é atribuída *protecção análoga* à conferida às obras literárias." Esta *protecção análoga* traduz-se num regime jurídico nuclearmente *sui generis*, análogo à tutela jurídico-autoral, radicado na concessão de direitos de autor *anómalos*. Porquanto, ao não considerar os programas de computador como obras do domínio literário (artístico ou científico), excluiu-os da tutela jurídica prevista no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos³⁴, apenas admitindo, ao que

²⁹ Sobre esta directiva, em pormenor, vide DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Studia Iuridica 55, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, sobretudo pp. 455 ss, com mais referências.

³⁰ Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, DR I, n.º 243, 20.10.1994.

³¹ Dizemos de um modo geral, porque a lei belga de 30 de Junho de 1994 também criou um regime especial regulado fora da lei do direito de autor, "assimilando" os programas de computador às obras literárias. Cfr. STROWEL, Alain / TRIAILLE, Jean Paul, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimedia*, Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 136 s.

³² CORDEIRO, Pedro, *A lei portuguesa do 'software'*, ROA 1994, p. 713.

³³ Cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A protecção jurídica dos programas de computador*, ROA 1990, p. 110; Idem, *Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 75 s, 473 s; Idem, *O direito de autor como direito da cultura*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa, Cosmos, 1994, p. 1055.

³⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, e alterado pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro e pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro e pelos Decretos-Lei n.º 332/97 e n.º 334/97, de 27 de Novembro.

parece, a mobilização *pontual* de certos e determinados critérios do Código do Direito de Autor.³⁵

Note-se que, apelidada de “casamento de conveniência”³⁶, a directiva comunitária surgiu como uma solução provisória – para além de não pretender “proteger em exclusividade os programas de computador”³⁷ -, uma vez que se limita “*numa primeira fase, ... a determinar que os Estados-membros devem conceder protecção aos programas de computador ao abrigo dos direitos de autor, considerando-os como obras literárias*” (cons. 6).³⁸ No plano internacional, a protecção dos programas de computador, enquanto obras literárias, ao abrigo dos direitos de autor, foi também consagrada no art. 10.º do TRIPS/ADPIC³⁹ e no Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direito de Autor adoptado em Dezembro de 1996 pela Conferência Diplomática reunida em Genebra⁴⁰.

Ora, de um modo geral, os Estados-membros transpuseram a directiva alterando as suas leis sobre o direito de autor, mesmo os que ainda não consagravam legislativamente a protecção dos programas de computador pelos direitos de autor, como, por exemplo, a Itália⁴¹ e apesar de toda a controvérsia doutrinal. Em termos de técnica legislativa, a solução do legislador português encontrará apoio apenas na lei especial belga de transposição da directiva⁴². Mas, independentemente da técnica legislativa, estará o regime instituído pela nossa lei em conformidade com o regime de harmonização comunitária?

Em nossa opinião, são detectáveis algumas fracturas susceptíveis de comprometerem a conformidade da nossa lei com o regime prescrito pela directiva. Para além de se prestar a “situações confusas e de dificuldade interpretativa”⁴³, o regime instituído pelo nosso

³⁵ Cfr. art. 3.º, 1 e 4; art. 4.º, 3; art. 10.º, 1; art. 11.º, 2; art. 13.º, 1.

³⁶ FRANCESCHELLI, Vincenzo, *La direttiva CEE sulla tutela del software: trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, RDInd 1991, I, p. 175.

³⁷ LEHMANN, Michael, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, NJW 34(1991), p. 2116-7.

³⁸ Recentemente, foi apresentada uma proposta de directiva do Parlamento Europeu relativa à patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador. Porém, a via de proteger os programas de computador enquanto tais ao abrigo dos direitos de patente deparou com a não alteração do art. 52.º, 2, al. c), e 3, da Convenção de Munique sobre a Patente Europeia (recebido no direito interno pelo art. 48.º, 1, al. d) do Código da Propriedade Industrial), embora tenha sido explorada pelos trabalhos comunitários. *Vide* Relatório da Comissão sobre a aplicação e os efeitos da Directiva 91/250/CEE relativa à protecção jurídica dos programas de computador, COM(2000) 199 final, 10.04.2000, p. 20.

³⁹ Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, de 15 de Abril de 1994 (TRIPS/ADPIC), art. 10: “Os programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objecto, serão protegidos enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna (1971)”.

⁴⁰ Art. 4.º: “Os programas de computador são protegidos como obras literárias na acepção do artigo 2.º da Convenção de Berna. Essa protecção aplica-se aos programas de computador, independentemente do seu modo ou forma de expressão.”

⁴¹ Cfr., por ex, FABIANI, Mario, *Chronique d'Italie*, RIDA 161(1994), p. 171.

⁴² Cfr. STROWEL, Alain, *La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur: vers un droit d'auteur sui generis*, RIDA, 1995, p. 173.

⁴³ LOURENÇO MARTINS, *A protecção jurídica*, cit., p. 52.

legislador parece caracterizar-se pela protecção dos programas de computador através da concessão de direitos de autor “anómalos”, como, aliás, era propugnado na doutrina⁴⁴. Assim, terá sido instituído um regime especial, uma espécie de *tertium genus*, certamente insuflado pela pressuposição da natureza híbrida do *software*. Claro que numa apreciação de política legislativa, o futuro dirá se, apesar de todos os tratados internacionais, a solução do nosso legislador não terá sido a mais adequada à especial natureza do *software*. Trata-se de obras funcionais cuja protecção nos termos das obras literárias, ou acaba por não se verificar em razão da dicotomia ideia-expressão, sendo então a prescrição legislativa um logro, ou acaba por exigir um regime de análise especial para estas obras em que este princípio tão caro ao direito de autor não se aplica, como, aliás, tem sido proposto⁴⁵, ou ainda poderá acabar num alargamento geral do objecto do direito de autor no sentido de abranger o seu conteúdo ideativo-funcional, acabando-se com a distinção entre livros e máquinas, e tudo se dissolvendo no *gurgite vasto* dos direitos de propriedade intelectual. O futuro o dirá se a abertura de um *tertium genus* de objectos de propriedade intelectual⁴⁶, incluindo, *inter alia*, as tecnologias electrónicas da informação (programas de computador, topografias de produtos semicondutores, sistemas de bases de dados)⁴⁷ e as criações artificiais geradas por computador, não acabará por se impor como via de protecção com o advento do ambiente digital do ciberespaço. Não deixe de se registar, com efeito, que a informática, com o *software* e o *multimedia*, carrega novas possibilidades de expressão cultural, falando-se em artes cibernéticas ou *cyberarts*.⁴⁸ Assim, talvez a questão não deve ser se o direito de autor pode proteger os programas de computador, mas antes se o deve fazer. Afinal de contas, como o disse Goldstein, não se terá posto a pergunta errada e conseqüentemente obtido a correspondente resposta?⁴⁹ Porém, esta apreciação de política legislativa não obsta a que, de *iure condito*, se

⁴⁴ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 473 s.

⁴⁵ Cfr. WEINREB, Lloyd L., *Copyright for Functional Expression*, Harvard LR 1998, p. 1250.

⁴⁶ Cfr. DWORKIN, Gerald, *Copyrights, Patents and/or 'Sui Generis': What Regime Best Suits Computer Programs*, in HANSEN, Hugh (ed.), *International Intellectual Property Law and Policy*, I, London: Sweet & Maxwell, 1996, p. 165 s.

⁴⁷ O regime jurídico das bases de dados, previsto no Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 96/9/CE, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados), consagra um novo direito de propriedade intelectual, ainda que de contornos difusos.

⁴⁸ MILLÉ, António, *Las 'artes cibernéticas' y sus problemas de propiedad intelectual*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, cit., II, p. 977.

⁴⁹ Cfr. GOLDSTEIN, Paul, *Computer-Assisted and Computer-Generated Works (Final Remarks)*, in *L'informatique et le droit d'auteur*, ALAI, Cowansville: Yvon Blais, 1989, p. 541. A verdade, aliás, é que os regimes instituídos pelas directivas programas de computador e bases de dados, para não falar das topografias de produtos semicondutores, consagram já, mais ou menos declaradamente, formas de protecção vulgarmente chamadas *sui generis*, segundo uma lógica mais próxima dos direitos conexos. Sobre esta matéria *vide*, desenvolvadamente, DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática*, cit., *passim*.

reconheçam alguns pontos de desconexão entre a lei portuguesa do *software* e a directiva comunitária, que permanece como “«satélite vigilante»”⁵⁰. Mas vejamos mais de perto.

§ 2. O diploma português começa por atribuir aos programas de computador *protecção análoga* à que é conferida às obras literárias (art. 1.º, 2). O que vale por dizer que os programas não são protegidos *tout court* enquanto obras literárias, parecendo querer demonstrar “a firme convicção de que um programa de computador não é uma obra literária, como o regime de Direito de Autor estabelecido para essas criações não pode, sem mais, ser aplicado ao ‘*software*’”⁵¹. Nessa medida, como resulta do preâmbulo, a equiparação daqueles a estas só *pontualmente* permite uma aproximação para efeitos de regime. Ora, esta solução suscita alguns problemas de interpretação.

Com efeito, equacionado o problema nestes termos, parece que as disposições do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC)⁵² não serão mobilizáveis senão mediante remissão expressa, como sucede relativamente a certas regras relativas à autoria (art. 3.º), à utilização livre (art. 10.º), aos contratos (art. 11.º), ao registo (art. 12.º) e à apreensão de cópias ilícitas (art. 13.º, 1). Esta interpretação restritiva da “aproximação pontual” ao regime do direito de autor parece ser corroborada pelo disposto no art. 15.º: “a tutela instituída pelo presente diploma não prejudica a vigência de *regras de diversa natureza* donde possa resultar uma protecção do programa, como as emergentes da disciplina dos direitos de patente, marcas, concorrência desleal, segredos comerciais e das topografias dos semicondutores ou do direito dos contratos”. Em face deste preceito, parece que as regras de natureza autoral, das quais possa resultar uma protecção do programa, não poderão ser mobilizadas. Porém, a directiva não prejudica estas outras vias de tutela; mas, também não exclui as regras de natureza autoral (bem como de nenhuma outra “natureza”), como decorre da utilização da palavra “nomeadamente”⁵³.

Por outro lado, fica o intérprete sem saber qual é a natureza das regras do regime instituído: natureza autoral ou natureza especial ou *sui generis* a esta análoga? A segunda hipótese parece ser razoável, uma vez que dispõe expressamente logo no art. 1.º, 2, que “aos programas [...] é atribuída *protecção análoga* à conferida às obras literárias”. Ora, se é conferida às obras literárias protecção pelo direito de autor e se aos programas de

⁵⁰ LOPES ROCHA, Manuel, *Contratos de licença de utilização e contratos de encomenda de 'software'*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, cit., II, p. 704.

⁵¹ P. CORDEIRO, *op. cit.*, p. 714 (sustentando, aliás, que “os programas de computador nunca deveriam ser tutelados através do Direito de Autor” — p. 733, n. 5).

⁵² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, ratificado com alterações pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro, e de novo alterado pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro, e, mais recentemente, pelos Decretos-Lei n.º 332/97 e n.º 334/97, ambos de 27 de Novembro

⁵³ Cfr. Directiva, art. 9.º, 1. Vide LEHMANN, Michael, *Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen*, in Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., Köln: Schmidt, 1993, p. 1.

computador é atribuída *protecção análoga* a esta, então as regras do regime instituído pelo nosso legislador não terão natureza autoral *proprio sensu*, mas antes natureza especial, dita análoga à natureza do direito de autor. Daí que esta opção do nosso legislador (a directiva não faz qualquer referência a “regras de diversa natureza”) se pudesse afigurar como tendo um outro sentido e alcance, a saber: não tendo as regras do regime instituído natureza autoral, o art. 15.º não prejudicaria, nem excluiria, a mobilização de regras de natureza autoral donde pudesse resultar uma protecção do programa. Assim, a “aproximação pontual” não significaria que a mobilização das regras de natureza autoral fosse excluída, apenas se admitindo excepcionalmente mediante remissão expressa. Resultado este que, aliás, tem apoio na doutrina, sustentando-se uma aplicação analógica, “caso a caso” das normas do Código do Direito de Autor⁵⁴. Esta conclusão não deixaria de encontrar apoio na letra do art. 15.º (que não exclui as regras de natureza diversa), e seria a única que permitiria assegurar a razoabilidade do legislador.

No entanto, levantam-se alguns problemas, que não podemos deixar de abordar. Para começar, dispõe o art. 7.º, 4-a) — no âmbito das regras de descompilação —, que as informações obtidas não poderão “ser utilizadas para um acto que infrinja *direitos de autor* sobre o programa originário”. Ou seja, parece, afinal, que o programa originário é susceptível de constituir objecto de direitos de autor⁵⁵. Mas, que natureza terão estes direitos de autor? Natureza autoral propriamente dita? Ou antes natureza apenas análoga a esta? Na verdade, é problemático o reconhecimento de direitos de autor sem natureza autoral, ou melhor, de direitos de autor de natureza análoga aos direitos de autor de natureza autoral. Estar-se-á, certamente, em face de direitos de autor *sui generis* ou *impróprios*, numa palavra: “anómalos”.

Assim, estes direitos de autor participarão, ainda, de algum modo da natureza autoral, daí decorrendo a preclusão, pelo art. 15.º, da mobilização dos critérios de natureza autoral “não anómala” ou “normal”, pois que não seriam, assim, de natureza totalmente “diversa”. Em suma, a “aproximação pontual” ao regime normal das obras literárias, possível no quadro da protecção análoga atribuída — radicada na concessão de direitos de autor anómalos —, resultaria, como já referimos, apenas de remissão expressa. Ora, em diversos pontos do regime instituído parece-nos ser detectável a anomalia dos direitos de autor concedidos⁵⁶.

⁵⁴ P. CORDEIRO, *op. cit.*, p. 714 (ainda que não se esclareça, neste passo, se essa analogia de situações foi definida pelo legislador ou se incumbirá ao intérprete encontrá-la, caso a caso, para além das situações em que o legislador a estabelecer).

⁵⁵ Sobre a não utilização pelo legislador comunitário dos termos “programa originário”, vide VINJE, Thomas, *Die EG-Rechtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität*, GRUR Int. 1992, p. 250; Idem, *The Legislative History of the EEC Software Directive*, in LEHMANN, Michael / TAPPER, Collin (eds.), *A Handbook of European Software Law*, Oxford: Clarendon, 1993, p. 39.

⁵⁶ Cfr. DIAS PEREIRA, Alexandre, *Contratos de «software»*, *cit.*, p. 95 s.

2.1. Desde logo, a directiva prescreve no art. 1.º, 1, que “os Estados-membros estabelecerão uma protecção jurídica dos programas de computador, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na acepção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas”. Assim, consagra a solução propugnada por Eugen Ulmer, desde 1967, no sentido da protecção dos programas de computador pelo direito de autor⁵⁷. Neste sentido se pronunciava também Michael Lehmann⁵⁸. Nessa medida, a integração da protecção dos programas de computador no quadro da Convenção de Berna revista garantiria aos seus criadores determinados “minimal rights” de natureza pessoal e patrimonial⁵⁹.

A protecção apenas incide sobre a expressão, sob qualquer forma, de um programa de computador (art. 1.º, 2) —, incluindo, como propugnava Michel Vivant⁶⁰, o material de concepção preparatório conducente à sua elaboração e na medida em que seja apto a resultar num programa de computador numa fase posterior⁶¹. Todavia, a protecção incide apenas sobre a forma expressiva do programa, com exclusão das ideias e princípios eventualmente presentes na lógica, nos algoritmos e nas linguagens de programação (cons. 13).⁶² Com efeito, a protecção dos programas de computador pelos direitos de autor abrange a expressão, sob qualquer forma, de um programa de computador. Esta solução é conforme ao princípio fundamental do direito de autor consagrado pelo legislador comunitário, nos termos do qual a protecção abrange apenas a forma de expressão, já não o conteúdo ideativo-funcional.⁶³ E, nesse sentido, apontavam decisões dos tribunais. Assim,

⁵⁷ Cfr. ULMER, Eugen, *Der Urheberrechtsschutz wissenschaftlichen Werke unter besonderer Berücksichtigung des Programmen elektronischen Rechenanlagen*, München 1967, S. 3 ff, apud LEHMANN, Michael, *Die Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen in Europa*, EWS 9(1994), p. 294, n. 18.

⁵⁸ LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2112, n. 7. Vide Id., *The European Software Directive on the Protection of Computer Programs*, in LEHMANN, Michael / TAPPER, Collin (eds.), *A Handbook of European Software Law*, Oxford: Clarendon, 1993, pp. 163 ss, *La protection des logiciels dans le cadre de la directive européenne*, DIT 4(1991), pp. 7 ss; *Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen*, in LEHMANN, Michael (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., Köln: Schmidt, 1993, p. 1.

⁵⁹ Cfr. CORNISH, William R., *Computer Programs, Copyright and the Berne Convention*, in *A Handbook of European Software Law*, LEHMANN, Michael/TAPPER, Colin (eds.), Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 183 ss.

⁶⁰ Cfr. VIVANT, Michel, *Le programme d'ordinateur au Pays des Musées. Observations sur la directive du 14 mai 1991*, JCP 1991, n.º 94, n. 4.

⁶¹ Cfr. Directiva software, art. 1.º, 1, *in fine*, e considerando 7, *in fine*. Deste modo, protege-se também a “forma expressiva interna” do programa, CASSOTTANA, Marco, *Sperimentazione in ambito privato e uso del 'know-how' a fini industriali nella normativa sui programmi per elaboratore*, ContImp 3(1993), p. 1242.

⁶² No direito comparado especial importância reveste a jurisprudência estadunidense, que numa série de casos elaborou um conjunto de critérios relativos à dicotomia ideia/expressão no âmbito dos programas de computador partindo dos princípios vigentes para as restantes obras literárias. Vide, por ex., GINSBURG, Jane, *Four Reasons and a Paradox: The Manifest Superiority of Copyright over Sui Generis Protection of Computer Software*, Columbia LR 1994, p. 2559; EFFROS, Walter, *Assaying Computer Associates v. Altai: How Will the 'Golden Nugget' Test Pan Out?*, Rutgers LJ 1993,; pp. 1 ss; WILKINS, Jon S., *Protecting Computer Programs as Compilations under Computer Associates v. Altai*, Yale LJ 2(1994), pp. 435 ss.

⁶³ Vide 17 US Code § 102, Art. 9.º, 2, Acordo ADPIC, Art. 2.º do Tratado OMPI sobre direito de autor; a recente lei brasileira (Lei nº 9.610, 19.2.1998) também acolhe este princípio no Art. 7.º § 3º; vide, ainda, o art. 8.º da Directiva sobre a Protecção Jurídica das Topografias de Produtos Semicondutores (87/54/CEE, 16.12.86).

por exemplo, na decisão *Betriebssystem*, o BGH mobilizou a teoria do *Gewebe* com vista a distinguir o conteúdo ideativo e funcional de um programa de computador da sua forma expressiva. Nestes termos, a lógica e os algoritmos — equiparados a fórmulas ou regras matemáticas — subjacentes a um programa não seriam protegidos enquanto tais, mas apenas na forma de implementação e coordenação das rotinas e subrotinas, recaindo a protecção sobre o *Gewebe* de um programa, ou seja, sobre a criatividade manifestada na colecção, selecção e combinação de instruções e expressa na elaboração da estrutura formal do programa. Sendo que, como se provara já mediante prova pericial no caso *Baustatik-Programme* (OLG Frankfurt), existiriam, geralmente, variadas maneiras para escrever um programa com vista a desempenhar uma determinada função específica, bem como diversas formas para implementar (utilizar) um algoritmo num programa.⁶⁴

Porém, nos termos da directiva comunitária, a forma de expressão dos programas de computador é protegida já ao nível do material de concepção, isto é, do trabalho de concepção preparatório conducente à elaboração de um programa de computador, na medida em que possa traduzir-se num programa de computador numa fase posterior. Ou seja, para além do código-objecto, parece não se proteger, apenas, o chamado código-fonte *proprio sensu* do programa, isto é, a expressão do programa na forma de texto escrito numa linguagem de programação, mas também, o código genético-funcional ou “Pseudo-Code”⁶⁵ do programa (código-fonte em sentido amplo, incluindo, por exemplo, os diagramas e os fluxogramas). Assim, poderiam constituir objecto de protecção as linguagens de programação, a lógica e os algoritmos a desenvolver através da escrita do programa. Sendo que estes elementos dos programas não são excluídos pela delimitação negativa do objecto de protecção operada pela regra segundo a qual as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa de computador, incluindo os que estão na base das respectivas *interfaces*, não são protegidos pelos direitos de autor ao abrigo da presente directiva.⁶⁶ Esta norma, interpretada em conjugação com o preâmbulo, reafirma um princípio fundamental do direito de autor, segundo o qual, “apenas a concreta forma de expressão é protegida pelo direito de autor, mas não as ideias subjacentes a um programa.”⁶⁷ Mas, ao mesmo tempo, não exclui do âmbito de protecção certos elementos dos programas, como os algoritmos, uma vez considerada a proibição da utilização para

⁶⁴ Cfr. HABERSTUMPF, H., *Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen*, in M. Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, cit., p. 85 s. Sobre a *web theory* desenvolvida pelo BGH na decisão *Betriebssystem* vide, por ex., LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2113, n. 24; WIEBE, Andreas, *European Copyright Protection of Software from a German Perspective*, CL&P 3(1993), p. 80.

⁶⁵ MORITZ, H.-W. / TYBUSSECK, B., *Computersoftware. Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, 2. Aufl., München: Beck, 1992, p. 37.

⁶⁶ Cfr. Directiva software, art. 1.º, cons. 7, 13 a 15.

⁶⁷ LEHMANN, Michael, *Die europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen*, in M. Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., Köln: Schmidt, 1993, p. 4.

outros fins, que não a interoperabilidade, de informações obtidas mediante descompilação.⁶⁸ Esta proibição enxerta num regime de direitos de autor um direito específico de protecção do próprio processo “em si”⁶⁹ utilizado na escrita do programa de computador. Por essa razão, o regime jurídico de protecção dos programas de computador instituído pela directiva, apesar de se dizer de direitos de autor, acaba por apresentar uma natureza híbrida ou *sui generis*^{70,71}

⁶⁸ Directiva Programas de Computador, art. 6.º, 2-a.

⁶⁹ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, cit., p. 474.

⁷⁰ Cfr. BERTRAND, André, *Le droit d'auteur*, cit., p. 474; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratori*, DII 1992, p. 38; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La explotación y la protección de las ideas a través de los contratos*, in Alberto Bercovitz (dir.), *La protección des idées*, Sitges: ALAI, 1992, p. 191; WIEBE, Andreas, *op. cit.*, p. 81; GOLDSTEIN, Paul, *The EC Software Directive: A View From the United States*, in M. Lehmann / C. Tapper (eds.), *A Handbook of European Software Law*, Oxford: Clarendon, 1993, p. 199. O regime de descompilação dos programas de computador, se por um lado atribui um direito especial de protecção sobre informações de natureza tecnológica, por outro revela um princípio que informa este regime jurídico e que se traduz na promoção da liberdade da concorrência neste sector fundamental das tecnologias da informação - cfr., por ex., DIAS PEREIRA, Alexandre, *Contratos de «software»*, cit., p. 51 s.

⁷¹ Numa análise de direito comparado, parece resultar que a tutela dos programas de computador no direito europeu é mais abrangente do que a protecção concedida na experiência estadunidense, uma vez considerada a jurisprudência deste país em relação ao problema da determinação do objecto de protecção pelo *copyright* em razão da dicotomia forma-expressão. Na verdade, procurando “analogias com obras conceptualmente semelhantes” (WILKINS, J., *Protecting Computer Programs as Compilations Under Computer Associates v. Altai*, Yale Law Journal 1994, p. 435), a jurisprudência estadunidense elaborou, numa série de casos, critérios relativos à dicotomia ideia/expressão ou forma/conteúdo no âmbito dos programas de computador, partindo dos princípios vigentes para as restantes obras literárias. No caso *Whelan Associates, Inc v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.* (1986), foi concedida protecção não só ao *look and feel*, mas também a elementos não literais como a “estrutura, sequência e organização” (*structure, sequence and organization*) de um programa de computador, excluindo-a, no entanto, relativamente aos aspectos estritamente necessários à sua funcionalidade (ao seu conteúdo ideativo e funcional). Para o efeito, foram mobilizados critérios tradicionais das obras literárias, quais sejam a doutrina da fusão (*merger doctrine*) e a doutrina *scènes a faire*. No caso *Lotus Development Corp. v. Paperback Software Internacional* (1990), este critério de distinção entre ideia e expressão viria a ser refinado mediante a adopção da doutrina dos “níveis de abstracção” (*levels of abstraction*), distinguindo três passos para discernir a expressão tutelável: 1º o nível das ideias (o nível mais elevado de abstracção); 2º o nível dos elementos individualmente considerados essenciais à expressão das ideias, mobilizando aqui as doutrinas *merger* e *scènes a faire* já presentes no caso *Whelan*; 3º o nível de considerar se os restantes elementos considerados como tuteláveis constituem uma parte substancial da obra protegível pelo direito de autor. No caso *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.* (1992), seria ainda mais apurada a dicotomia ideia-expressão nos programas de computador, adoptando-se como método o teste da “abstracção-filtragem-comparação” (*abstraction-filtration-comparison*). No primeiro grau — abstracção —, é utilizado o critério dos níveis de abstracção elaborado no caso *Paperback*, distinguindo-se, por ordem de crescente generalidade, os seguinte níveis de abstracção: o código-objecto, o código-fonte, as listas paramétricas, e os serviços exigidos para descrever o programa nas linhas gerais. No segundo grau — filtragem —, são mobilizadas as doutrinas *merger* e *scènes a faire*, já presentes no caso *Whelan*, aplicando-as detalhadamente: a *merger doctrine* conduziria à exclusão de elementos funcionais relativos à eficiência ou rapidez do programa; a *scènes a faire doctrine*, conduziria, por sua vez, à exclusão dos elementos do programa ditados por factores externos, como a caracterização funcional do programa. No terceiro grau — comparação —, são excluídos os programas ou fragmentos de programas caídos no domínio público. Em síntese, a fórmula “estrutura, sequência e organização” adoptado no caso *Whelan* e perfilhada no caso *Paperback*, seria agora substituída pela fórmula “estrutura não literal do programa” (*non-literal program structure*), abolindo-se, no caso *Altai*, a distinção entre estrutura escrita ou estática do programa e a sua estrutura performativa ou dinâmica. A aplicação destes métodos de apuramento dos aspectos dos programas de computador que podem ser protegidos pelo direito de autor seria operada, posteriormente, em termos semelhantes, nos casos *Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.* (1992), e *Apple Computer, Inc. v. Microsoft* (1994) (cfr. MILEER, A., *Copyright Protection for Computer Programs, Databases and Computer-generated Works*, cit., p. 993 s; para mais desenvolvimentos, vide DREXL, J., *What is Protected in a Computer Program? Copyright Protection in the United States and Europe*, New York: VCH, 1994, *passim*). Não obstante, importa referir que o teste do “Golden Nugget” operado neste caso com recurso ao método “abstracção-filtragem-comparação” provocou um repensar sobre a adequação do direito de autor para proteger os programas de computador. Se para uns tal poderia conduzir à emergência do direito das patentes como o “modo de protecção preferido” (EFFROS, W.,

O único critério para a atribuição dessa protecção é a *originalidade*. Para a satisfação desse requisito “não se deverá recorrer a testes dos seus méritos qualitativos ou estéticos” (cons. 8), bastando que o programa seja “o resultado da criação intelectual do autor” (art. 1.º, 3). Isto significa, pela negativa, que o programa não deverá ser “uma cópia em si”⁷², ou seja, o legislador comunitário consagrou um princípio fundamental em sede de requisitos de protecção pelo direito de autor. Trata-se do princípio da originalidade, que foi harmonizado no sentido não apenas de não ser exigível um grau de criatividade superior à média, mas também de não bastar o mero investimento de trabalho, capital e tempo, para que os programas de computador possam beneficiar de protecção pelo direito de autor.⁷³ Com efeito, os programas de computador serão protegidos se forem originais, isto é, se resultarem de uma criação intelectual do autor, em termos de não serem uma cópia em si no sentido de não serem banais na indústria dos suportes lógicos.⁷⁴

Neste sentido, é disposto o critério de que o programa de computador será protegido se for original, no sentido de que é resultado da criação intelectual do autor, acrescentando que não serão considerados quaisquer outros critérios para determinar a sua susceptibilidade de protecção; o preâmbulo esclarece que, relativamente aos critérios a aplicar para apreciar se um programa de computador constitui ou não uma obra original, não se deverá recorrer a testes dos seus méritos qualitativos ou estéticos.⁷⁵ Isto significa que os programas de computador são protegidos na medida em que satisfaçam os mesmos requisitos que as outras obras literárias, protegendo-se, deste modo, mesmo os programas chamados “*kleine Münze*”, “*petite monnaie*” ou “*basso prezzo*”. Esta solução veio pôr fim a um “desarrollo jurisprudencial”, pois que, se correspondia, entre outros, à orientação adoptada em França, pela *Cour de cassation* na decisão Atari, em Março de 1986⁷⁶, já não era acolhida pela jurisprudência superior alemã. Com efeito, nas decisões *Inkasso-Programm* e *Betriebssystem*⁷⁷, considerando o carácter essencialmente funcional e

Assaying Computer Associates v. Altai: How Will the 'Golden Nugget' Test Pan Out?, Rutgers Computer & Technology Law Journal 1993, p. 89); para outros esta corrente jurisprudencial de aplicar literalmente aquele princípio fundamental do direito de autor desde a decisão *Baker v. Selded* (1879) e constante da § 102(b), deveria ser superada no sentido da protecção pelo direito de autor da chamada “expressão funcional” (cfr. WEINREB, L., *Copyright for Functional Expression, cit.*, p. 1160, e *passim*).

⁷² Livro Verde da Comissão, *Os direitos de autor e o desafio da tecnologia — Aspectos dos direitos de autor que requerem acção imediata*, COM(88) 172 final, p. 180.

⁷³ Em termos idênticos no domínio das obras fotográficas, vide art. 6.º e cons. 17 da Directiva Duração da Protecção (93/98/CEE, 29.10).

⁷⁴ Cfr. Livro Verde da Comissão, *Os direitos de autor e o desafio da tecnologia — Aspectos dos direitos de autor que requerem acção imediata*, COM(88) 172 final, p. 180, p. 192.

⁷⁵ Cfr. art. 1.º, 3, cons. 8 Directiva Programas de Computador.

⁷⁶ Cfr. VIVANT, M. / LE STANC, C. / RAPP, L. / GUIBAL, M., *Lamy Droit Informatique: Informatique, Télématique, Réseaux* (sous la responsabilité de Michel Vivant), Paris: Lamy, 1992, n.º 864.

⁷⁷ Cfr. NJW 1986, p. 192, NJW 1991, p. 1231. Vide, por ex., BETTEN, L., *Protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur en République fédérale d'Allemagne*, LDA 1986, p. 311 s; HABERSTUMPF, H., *Neue Entwicklungen im Software-Urheberrecht*, NJW 1991, p. 2105; HOEREN, Thomas, *Germany*, in H. Jongen / A. Meijboom (eds.), *Copyright Software Protection in the EC*, Deventer: Kluwer, 1993, p. 77 s.

utilitário dos programas de computador, o BGH firmou o critério segundo o qual, para o programa ser original, enquanto *persönlichen geistigen Schöpfung*, e nessa medida protegido pelo direito de autor, seria necessário: 1.º existirem diversas formas de expressar a ideia (a que equipara o algoritmo); 2.º não ser a forma de expressão escolhida uma mera cópia de uma outra pré-existente; 3.º terem os seus elementos criativos existentes excedido significativamente o que faria em condições técnicas normais um programador médio normal (*Überdurchschnittlichkeit*). Deste entendimento do BGH resultava que a protecção dos programas de computador pelo direito de autor, apesar de consagrada por via legislativa, na prática, apenas, excepcionalmente se admitia⁷⁸. Porém, em face do critério de originalidade prescrito pela directiva, os autores consideraram, em regra, que este critério deveria ser respeitado pela jurisprudência, no sentido de a protecção ser, em regra, conferida.⁷⁹ E, com efeito, assim sucedeu, uma vez que em decisões posteriores, o BGH afinou o requisito de originalidade dos programas de computador a praticar, em atenção ao critério prescrito pelo legislador comunitário⁸⁰. Em virtude desta mudança de orientação jurisprudencial, a protecção dos programas de computador através do direito de autor tornou-se “a regra”, enquanto a sua “falta de nível criativo” passou a ser “a excepção”⁸¹.

Ora, a nossa lei interna exige como requisito de protecção que os programas tenham *carácter criativo* (art. 1.º, 2), parecendo implicar padrões de criatividade semelhantes aos que, segundo alguma doutrina, serão exigidos, nomeadamente, para as obras de arte aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de *design*⁸². Porém, se efectivamente o legislador tiver pressuposto o entendimento doutrinal que nega a possibilidade de a forma de expressão do programa revestir, em algum caso, carácter criativo — por não ser a fórmula do programa senão expressão “obrigatória” ou “servil” de um processo —, então terá prescrito um regime jurídico destinado a não proteger os programas, uma vez que a expressão do programa (a sua fórmula), que constitui o objecto da protecção instituída (art. 2.º), jamais revestirá carácter criativo.

⁷⁸ Cfr. SCHNEIDER, Jochen, *Praxis des EDV-Rechts. Recht der Beschaffung, des Betriebs, der Wartung und Pflege von Computeranlagen und -programmen, insbesondere EDV-Vertragsrecht*, Köln: Schmidt, 1990, p. 183.

⁷⁹ Cfr. LEHMANN, M., *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, NJW 1991, p. 2113, Id., *Das neue deutsche Softwarerecht (Novellierungsvorschlag zum Urheberrecht)*, CR 1992, p. 124 s; ULLMANN, E., *Urheberrechtlicher und patentrechtlicher Schutz von Computerprogrammen (Aufgaben der Rechtsprechung)*, CR 1992, p. 641; WIEBE, A., *European Copyright Protection of Software from a German Perspective*, CL&P 1993, p. 81.

⁸⁰ Cfr. BGB - “Buchhaltungsprogramm”, CR 1993, p. 753 s; BGB - “Holzhandelsprogramm”, CR 1994, p. 275 s.

⁸¹ Cfr. REHBINDER, *Urheberrecht*, cit., p. 96. Sobre o impacto geral desta orientação quanto ao critério do “nível de criatividade”, vide SCHRICKER, *Farewell to the “Level of Creativity” (Schöpfungshöhe) in German Copyright Law?*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 1995, p. 41.

⁸² Cfr. CDA, art. 2.º, 1-i).

2.2. No que respeita à *atribuição do direito de autor*, o instrumento comunitário distingue consoante o programa tenha sido criado por uma pessoa singular ou por um grupo de pessoas (art. 2.º, 1, 1ª parte), prevendo, quanto ao segundo caso, a possibilidade de se tratar se *obra feita conjuntamente* (ou em colaboração) ou de *obra colectiva* na medida em que esta figura seja reconhecida pelo direito interno dos Estados-membros (art. 2.º, 1, 2ª parte, e 2); admite ainda que os Estados-membros considerem uma pessoa colectiva como autor do programa nos termos das respectivas legislações internas, como é o caso do sistema anglo-saxónico do *copyright* – evidenciando o quanto a directiva é “ein Kompromiß zwischen kontinentalen urheberrechtlichen und angelsächsischen Copyright-Denken”⁸³.

Depois, o art. 2.º, 3, dispõe que, salvo estipulação contratual em contrário, só o empregador ficará habilitado a exercer todos *os direitos de natureza económica* relativos a um programa de computador criado por um trabalhador por conta de outrem, no exercício das suas funções ou por indicação do seu empregador. Esta regra consagra, por um lado, o princípio fundamental da chamada “*auctorship*”⁸⁴, segundo o qual os direitos de autor são originariamente adquiridos pelo criador assalariado, embora sejam (derivadamente) transmitidos *os direitos de natureza económica* ao empregador, seja nos termos de uma licença legal⁸⁵ exclusiva (na concepção monista do *Urheberrecht*), seja nos termos de uma cessão legal⁸⁶ (na concepção dualista do *droit d’auteur*). Reconhece ao autor do programa, por outro lado, direitos de natureza pessoal, para além de direitos de natureza económica⁸⁷, segundo os padrões mínimos da Convenção de Berna.⁸⁸

Com efeito, sendo os direitos de autor “direitos geminados” (*plena in re potestas e ius in se ipsum*)⁸⁹, ao proteger os programas de computador, enquanto obras literárias, ao abrigo da Convenção de Berna, a directiva significa que “*jeder Schöpfer von Computerprogrammen soll grundsätzlich nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte erhalten wie jeder andere*

⁸³ LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2117.

⁸⁴ CARVALHO, Orlando de, *Os direitos de personalidade de autor*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?, II*, cit., p. 543 (no direito alemão utiliza-se a expressão *Urheberschaftsgrundsatz* ou *Schöpferprinzip*).

⁸⁵ Cfr. LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2113 (“gesetzliche Lizenz”).

⁸⁶ VIVANT, Michel, *Logiciel 94: tout un programme?*, JCP 41(1994), 41, n.º 10 (ou aquisição derivada automática: cfr. RISTUCCIA, Renzo/ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *Prime notazioni sulla legge a protezione del software*, DII 2(1994), p. 241).

⁸⁷ FRANCESCHELLI, *La direttiva CEE sulla tutela del software*, cit., p. 179 (sustentando que esta disposição “fa salvo il diritto morale dell’autore”).

⁸⁸ A proposta inicial previa, no art. 2.º, 5, uma regra especial de atribuição da titularidade dos direitos sobre programas “criados” por computador no domínio da “inteligência artificial”, em termos semelhantes ao direito inglês (cfr. Sec. 9(3) do UK Copyright, Designs and Patents Act of 1988, nos termos da qual, “in the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken”). Vide TAPPER, Colin, *The European Software Directive: The Perspective From the United Kingdom*, in *A Handbook of European Software Law*, cit., p. 149.

⁸⁹ CARVALHO, Orlando de, *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Coimbra: Centelha, 1977, pp. 191 ss, n. 2.

Urheber eines literarischen Werkes"⁹⁰. Sendo que do aparente silêncio do legislador comunitário em sede de direitos morais não se deverá concluir pelo "estrangulamento... do direito moral"⁹¹ dos criadores de *software*. Antes pelo contrário, estar-se-á perante um caso de "silêncio eloquente". Primeiro, a norma de cessão de direitos nas relações laborais destina-se a preservar os direitos morais na esfera do trabalhador⁹². Segundo, a directiva ressalva a aplicabilidade de quaisquer outras disposições legais, não excluindo as normas de direito de autor sobre direitos morais (cfr. art. 9.º, n. 1). Terceiro, ao estabelecer a protecção dos programas de computador como obras literárias, na acepção da Convenção de Berna (art. 1.º, 1) e ao considerar que a "directiva não afecta as disposições previstas nas legislações nacionais de acordo com a Convenção de Berna" (cons. 28), o legislador comunitário terá vinculado os Estados-membros a reconhecerem aos criadores de programas de computador os direitos morais mínimos prescritos obrigatoriamente pela Convenção de Berna, ou seja, os Estados-membros deverão proteger os programas de computador como obras literárias segundo as suas obrigações no quadro dessa Convenção.⁹³

Ora, o diploma interno dispõe, em matéria de autoria e titularidade dos direitos, "uma presu[n]ção ('juris tantum')"⁹⁴ de que o programa realizado no âmbito de uma empresa constitui obra colectiva, atribuindo os direitos originariamente à empresa (art. 4.º, 2 e 4). Invoca-se a este propósito a experiência de direito comparado que se colhe na lei francesa, no sentido de atribuir originariamente direitos de autor a outrem que não o criador intelectual.⁹⁵ Trata-se de um entendimento que, a nosso ver, poderá ser seguido no quadro de direitos de autor anómalos, justificando, *inclusive*, a sua atribuição originária a pessoas colectivas, embora não se deva seguir como orientação geral. Desde logo porque, a nosso ver, não há obras colectivas *proprio sensu*. Esta figura consagra uma regra de atribuição legal dos direitos de autor, os quais são sempre adquiridos originariamente pelos respectivos criadores ou autores pelo simples facto da criação. Depois, por cessão legal, aquela entidade singular ou colectiva adquire derivadamente os direitos de natureza económica, e apenas estes. Os direitos de autor, quer na vertente juspeçoal, quer na

⁹⁰ LEHMANN, Michael, *Das neue deutsche Softwarerecht. Novellierungsvorschlag zum Urheberrecht*, CR 6(1992), p. 324.

⁹¹ VIVANT, *Logiciel 94: tout un programme?*, cit., 41, n.º 13.

⁹² Assim, TAPPER, *The European Software Directive*, cit., p. 148 ("this is no doubt designed to preserve moral rights in the employee").

⁹³ Cfr. CORNISH, *Computer Programs, Copyright and the Berne Convention*, cit., p. 191 ("As the EC states are already within Berne, they must... treat literary works in accordance with their Convention obligations."). Em sentido convergente, *vide*, por ex., LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2113, n. 17; VIVANT, *Logiciel 94: tout un programme?*, cit., n.º 12, n. 29.

⁹⁴ P. CORDEIRO, *op. cit.*, p. 720.

⁹⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 126.

vertente jusdominal, nascem ou surgem originariamente na esfera jurídica do autor ou autores da obra no momento da sua criação.⁹⁶

Talvez tal solução se pudesse aceitar, contudo, no quadro de direitos de autor *anómalos*, atribuindo a sua autoria ou “titularidade originária”, nomeadamente, a pessoas colectivas, as quais são desprovidas de capacidade de criação⁹⁷, e, por isso, de acordo com o regime normal, apenas derivadamente, seja por cessão legal, seja por transmissão contratual, podem adquirir direitos de natureza económica. Em nosso entender, quando o legislador utiliza a expressão *atribuição originária dos direitos a pessoa diferente do criador intelectual* (art. 4.º, 2, 4), nesse preceito qualificado de “deficientíssima técnica legislativa”⁹⁸, trata-se, não de uma aquisição originária propriamente dita, mas antes de uma atribuição da titularidade dos direitos patrimoniais mediante cessão legal não absoluta.

Por outro lado, o art. 9.º, sob epígrafe *direitos do titular originário*, vaza uma norma paradigmática da natureza anómala dos direitos de autor concedidos pelo legislador português para a protecção jurídica dos programas de computador. Nas palavras do legislador: “1 - São ainda garantidos ao titular originário do programa o direito à menção do nome no programa e o direito à reivindicação da autoria deste. 2 - Se o programa tiver um criador intelectual individualizável, cabe-lhe, em qualquer caso, o direito a ser reconhecido como tal e de ter o seu nome mencionado no programa.” Desde logo, interessa saber se o chamado titular originário do programa pode ser outra pessoa que não o seu criador intelectual, como se poderá pretender face à letra dos arts. 3.º e 4.º deste diploma. E se, nessa medida, esse titular originário gozará deste direito de reivindicar a paternidade do programa.

Em nosso entender, o direito consagrado no art. 9.º consagra é a faculdade de reivindicar a paternidade da obra que integra o direito moral. Direito esse que apenas é reconhecido ao criador intelectual, sendo absolutamente indisponível. Pelo que, não nos parece que o titular originário do programa possa ser outrem que não o(s) seu(s) respectivo(s) criador(es). Ademais, a consagração deste direito de reivindicar a paternidade não deixa de ser problemática. Parece que o diploma interno apenas reconheceu este direito moral ao autor do programa, uma vez que excluiu a mobilização

⁹⁶ Ver, desenvolvidamente, DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática, Direito de Autor*, cit., § 27, p. 274 ss.

⁹⁷ Neste sentido, por ex., DIETZ, Adolf, *Moral rights and technological challenge*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, cit., p. 555 (“Legal persons and enterprises can never create as such”). Para uma análise comparativa dos sistemas de *droit d’auteur* e de *copyright* no quadro da harmonização comunitária dos direitos de autor, vide, em especial, STROWEL, Alain, *Droit d’auteur et copyright: divergences et convergences*, Bruxelles/Paris 1993, e, mais recentemente, ELLINS, Julia, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft*, Berlin 1997 (vide a nossa recensão desta obra in BFD, LXXIV, pp. 801 ss).

⁹⁸ LOURENÇO MARTINS, *Protecção Jurídica do “Software”*, Coimbra, 1995, p. 64.

das regras de natureza autoral, excepto nos casos em que para as quais remete expressamente. O que não sucede relativamente aos chamados “direitos morais”. Esta solução parece apoiar-se-á no entendimento segundo o qual “é absurdo falar de um direito pessoal sobre um programa de computador”⁹⁹. Nessa medida, não se deveria aplicar a Convenção de Berna aos programas de computador¹⁰⁰.

Todavia, esta via conflitua com a directiva comunitária, a qual, segundo a referida interpretação do “silêncio” do legislador comunitário, ao *ancorar* a protecção jurídica dos programas de computador na Convenção de Berna, terá vinculado os Estados-membros a observarem os direitos mínimos, patrimoniais e pessoais, garantidos por aquele instrumento de protecção internacional. A remissão da directiva para o regime da Convenção de Berna implica o reconhecimento de *direitos morais* mínimos, não apenas o direito à paternidade, mas também o direito ao respeito pela obra em relação a actos que atinjam o autor na sua honra ou reputação¹⁰¹. De qualquer modo, o não reconhecimento destes “direitos morais” ao criador de um programa evidencia bem a natureza anómala dos direitos concedidos pelo nosso legislador. Isso não decorre do afastamento, neste domínio, do art. 15.º, 2, do Código do Direito de Autor, e que está, a nosso ver, em conformidade com a directiva, pois que os actos de modificação não se identificam nem consomem o direito moral à integridade.

2.3. No que respeita aos *direitos económicos ou patrimoniais*, em sentido estrito, a directiva recorta o conteúdo (extensão e amplitude) dos direitos de exploração económica exclusiva e define as faculdades mínimas de qualquer autorização de utilização dos programas, nos artigos 4.º, 5.º e 6.º. O art. 4.º enumera os *direitos de exploração* de que dispõe o titular, a saber: o direito exclusivo de efectuar ou autorizar a reprodução, a adaptação e tradução, e a distribuição de um programa de computador.

Em primeiro lugar, o direito de *reprodução* parece ser consagrado em termos amplos, à semelhança do direito inglês, embora se defenda na doutrina alemã que só constituirão reprodução juridicamente relevante (“*Vervielfältigung*”: §15 UrhG) as operações que afectem o interesse do criador de participar no resultado económico da exploração da sua obra. Assim, seriam abrangidas as operações de implantação em ROM e de

⁹⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 475.

¹⁰⁰ De resto, em sede de “tutela internacional”, dispõe o art. 17.º determinados critérios que revelam claramente ter o legislador nacional querido subtrair a protecção dos programas de computador ao quadro de tutela jurídica internacional oferecido pela Convenção de Berna, uma vez que subordina a tutela internacional à reciprocidade material, admitindo a aplicação do princípio do tratamento nacional apenas na medida em que assim for estabelecido por convenção internacional, como acontece, agora, expressamente, com o novo Tratado OMPI sobre direito de autor.

¹⁰¹ Também neste sentido, entre nós, REBELLO, Luiz Francisco, *Introdução ao Direito de Autor*, I, Lisboa: SPA/D. Quixote, 1994, p. 181-2.

armazenamento em disco duro, em disquete ou *streamer*, ficando para o âmbito das puras utilizações (“reine Benutzung”), enquanto tais irrelevantes, as operações de carregamento e de mero funcionamento, que envolvam, para o efeito, o armazenamento na RAM *als solche*¹⁰². Porém, parece que as chamadas “reproduções tecnicamente necessárias” à utilização do programa estarão sujeitas a autorização do titular de direitos, embora não possam ser contratualmente proibidas uma vez concedida a licença de utilização¹⁰³. De resto, o conceito amplo de reprodução terá sido acolhido nas legislações internas de transposição da directiva^{104,105}.

Em segundo lugar, os direitos de autor sobre o programa abrangem também o direito exclusivo de efectuar ou autorizar “a tradução, adaptação, ajustamentos ou outras modificações do programa e a reprodução dos respectivos resultados, sem prejuízo dos direitos de autor da pessoa que altere o programa.” Exemplos da importância económica deste direito de exploração são, nomeadamente, a tradução do código-objecto em código-fonte e a tradução deste através de uma outra linguagem de programação, a preparação dos chamados produtos derivados (sejam complementares ou substitutos funcionalmente equivalentes - “clonagem”), a transformação do programa com vista ao melhoramento da sua eficiência (as chamadas actualizações ou *updates*), a adaptação do programa às necessidades específicas do utilizador e outras operações de manutenção, etc.

Em terceiro lugar, finalmente, é ainda previsto o direito exclusivo de efectuar ou autorizar “qualquer forma de distribuição ao público do original ou de cópias de um programa de computador” (al. c)), sendo a locação expressamente prevista como uma das possíveis formas de distribuição¹⁰⁶. O direito de distribuição permite ao seu titular participar no resultado económico da exploração de um programa através, nomeadamente, do acordo com os distribuidores (entendidos aqui em sentido amplo) sobre o preço de

¹⁰² Cfr. LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2114 (embora não seja irrelevante o armazenamento em RAM de vários computadores com uma mesma disquete, pois estar-se-ia a possibilitar uma utilização paralela do programa, afectando o *Participationsinteresse* do titular dos *Verwertungsrechte*). Entre nós, vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Protecção Jurídica dos Programas de Computador*, cit., p. 106.

¹⁰³ Trata-se da “reprodução tecnicamente necessária” através das operações de carregamento e funcionamento (incluindo a acção de correcção dos respectivos erros) necessárias à utilização de uma cópia de um programa pelo seu legítimo utilizador: cfr. considerando 17. Vide, por ex., HABERSTUMPF, Helmut, *Das Software-Urhebervertragsrecht im Lichte der bevorstehenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen*, GRUR Int 10(1992), p. 716; VIVANT, *Logiciel 94: tout un programme?*, cit., 41, n° 18, p. 437; VERSTRYNGE, Jean-François, *Protecting intellectual property rights within the New Pan European framework*, DIT 2(1992), p. 9; LEHMANN, Michael, *Das neue Software-Vertragsrecht — Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen*, NJW 29(1993), p. 1823.

¹⁰⁴ Assim consagrou o legislador italiano tal “ampia nozione di riproduzione” (cfr. RISTUCIA/ZENCOVICH, *Prime notazioni*, cit., p. 246: no art. 13 l.d.a. italiana a reprodução era só a multiplicação de cópias da obra, e já não o seu uso), bem como o legislador francês (cfr. VIVANT, *Logiciel 94: tout un programme?*, cit., 41, n° 18).

¹⁰⁵ Para desenvolvimentos e mais indicações, vide DIAS PEREIRA, *Informática*, cit., § 45, p. 505.

¹⁰⁶ A locação é caracterizada como “a possibilidade de pôr à disposição para utilização, por um período determinado e com um intuito lucrativo, um programa de computador ou uma sua cópia” (cons. 16).

mercado de determinadas cópias. Porém, esgota-se ou extingue-se na Comunidade em relação a estas com a sua primeira comercialização na Comunidade efectuada pelo titular dos direitos ou realizada por terceiro (um “distribuidor”) com a sua autorização. Com efeito, na 2.ª parte desta alínea é consagrado o princípio da exaustão ou esgotamento do direito de distribuição¹⁰⁷, dispendo-se que “a primeira comercialização na Comunidade *de uma cópia* de um programa efectuada pelo titular dos direitos ou realizada com o seu consentimento extinguirá o direito de distribuição na Comunidade *dessa mesma cópia*”. O esgotamento não abrange, todavia, o direito de controlar a locação *ulterior* do programa ou de uma sua cópia (adquirida na ou após a sua primeira comercialização), como se dispõe na parte final do preceito.¹⁰⁸

Ora, os preceitos da lei interna relativos ao conteúdo ou *licere* destes direitos mostram que o legislador sujeitou o texto da directiva a um «*saneamento terminológico*», prevendo como faculdades de fazer ou autorizar, a reprodução, a transformação, o pôr em circulação, e a locação (art. 5.º). Consagrou, ao que parece, um conceito restrito de reprodução¹⁰⁹, englobou no termo transformação os actos de tradução, adaptação e modificação do programa, não retomando o termo “modificação” constante da directiva (art. 4.º-b), certamente por entender tratar-se de um “erro de tradução”¹¹⁰. Depois, quanto ao chamado direito de pôr em circulação (art. 8.º), estabeleceu uma solução que nos parece algo problemática: um acto de disposição do original do programa produz o esgotamento do direito de o pôr em circulação, mas não afecta o direito de locação do programa...¹¹¹. Nesse sentido, o legislador terá divergido de certo modo da directiva.¹¹²

¹⁰⁷ A doutrina da exaustão ou esgotamento do direito de distribuição de uma obra, de origem alemã, é uma referência fundamental da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de propriedade intelectual tendo sido consagrada nos *Joined Cases 55/80 e 57/80, Musik Vertrieb Membran GmbH and K-Tel Int'l v. GEMA*, ECR 1981, 147. Para mais desenvolvimentos, vide DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática*, cit., § 48; no direito comparado, vide, nomeadamente, CASTELL, Brigitte, *L'épuisement du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Paris: PUF, 1989; JOOS, Ulrich, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht*, München: Beck, 1991.

¹⁰⁸ Isto significa que, mesmo após a primeira comercialização do programa ou de uma sua cópia, é exclusivamente reservado ao titular dos direitos — encontrando-se, em qualquer caso, sujeita à sua autorização —, a *locação ulterior* do programa ou de uma sua cópia, respectivamente. Contra uma solução deste teor e favorável antes à atribuição posterior ao esgotamento do direito de distribuição (contra o qual, aliás, se manifesta: cfr. ROA 1990, pp. 117-8) de um *direito específico de remuneração*, vide J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Distribuição e Esgotamento*, ROA 51(1991), pp. 625 ss.

¹⁰⁹ Cfr. P. CORDEIRO, *op. cit.*, p. 723.

¹¹⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*. Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993, Coimbra 1996, p. 342.

¹¹¹ Em nosso entender, deverá ser o transmissário quem, como titular do direito de distribuição, passa a poder controlar a locação do programa e das suas cópias. Cfr. DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática*, cit., p. 568 ss, e já antes em *Contratos de «Software»*, cit., p. 107-8.

¹¹² Para desenvolvimentos, vide DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática*, cit., § 48.

2.4. No que respeita aos *direitos do utilizador*, os artigos 5.º e 6.º da directiva (sob epígrafe “excepções aos actos sujeitos a autorização” e “descompilação”, respectivamente) estabelecem as faculdades mínimas de qualquer autorização de utilização de um programa de computador ou de uma sua cópia. Concedida uma qualquer autorização de utilização, essas faculdades integram sempre o âmbito mínimo do conteúdo da licença, uma vez que não podem ser proibidas por contrato (art. 9.º, 1, e cons. 17).

Para começar, não podem em qualquer caso ser proibidas por contrato as *acções de carregamento e de funcionamento* necessárias à utilização legítima de uma cópia de um programa (legalmente “adquirida”), *incluindo as acções de correcção dos respectivos erros*, segundo o fim a que se destina o programa (art. 5.º, 1, e cons. 17). Respeitado este âmbito mínimo, a autorização pode conter certas estipulações específicas restritivas do âmbito da utilização (as chamadas cláusulas CPU, limitando a utilização do programa num determinado equipamento, instalado num certo local, proibindo a sua utilização múltipla, em rede ou *on-line*)¹¹³. Na ausência de estipulações contratuais específicas quanto ao conteúdo da autorização, o critério para se aferir da necessidade dos actos de reprodução e de transformação da cópia de um programa de computador para a sua utilização, incluindo a correcção de erros, será o *fim a que se destina* pelo seu legítimo “adquirente”¹¹⁴. Assim, por exemplo, será distinto o conteúdo de uma autorização de utilização de um programa ou de uma sua cópia, consoante o seu “adquirente” seja um “distribuidor” (entendido este em sentido amplo) ou um “utilizador final”, na medida em que a sua utilização se destina a fins diferentes. Em especial, nas simples licenças de utilização final serão excluídas, em princípio, as operações de transformação susceptíveis de afectarem o interesse de participação do titular do direito sobre o programa no resultado económico da sua exploração, sobretudo as envolvidas no *updating*^{115, 116}

¹¹³ Cfr. LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2114; SINGLETON, Susan, *Computer software agreements and the implementation of the EC Directive*, CL&P 2(1992), pp. 52 ss.

¹¹⁴ Estar-se-ia, nas palavras da Comissão, perante uma presunção inilidível de concessão de autorização. Cfr. Livro Verde, cit., 1988, p. 184.

¹¹⁵ Cfr. VIVANT, *Logiciel 94: tout un programme?*, cit., p. 437; LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2115.

¹¹⁶ Além disso, a última parte do n.º 1 do art. 5.º parece ter um alcance mais vasto: parece que a correcção de erros do programa poderá ser praticada por qualquer pessoa, ainda que, para o efeito, não tenha obtido uma licença de utilização do titular dos direitos ou seja, os actos de reprodução, tradução e adaptação do programa poderão ser praticados por qualquer pessoa desde que necessários para a correcção de erros. Assim, o titular de direitos não poderá proibir a prática desses actos a outros operadores no mercado dos serviços de assistência e de manutenção de programas, com os quais não tenha qualquer vínculo negocial. A corroborar esta interpretação acrescenta-se, ainda, que como o titular dos direitos não pode proibir ao adquirente de uma cópia do programa a acção de correcção dos respectivos erros, o alcance da parte final do n.º 1 do art. 5.º será justamente permitir que o adquirente da cópia não fique vinculado, para efeitos de correcção de erros, a um serviço de manutenção e assistência autorizado pelo titular dos direitos, podendo antes recorrer a quaisquer outros operadores neste mercado paralelo. Estes poderão praticar os actos necessários à correcção de erros daquelas cópias, sem que para o efeito careçam de licença do titular dos direitos sobre o programa. Esta faculdade é verdadeiramente uma das “excepções aos actos sujeitos a autorização”, como refere a epígrafe do art. 5.º, que encontra justificação, diríamos, no princípio da protecção do utente e, ao mesmo tempo, no princípio da protecção e promoção da livre concorrência neste sector, que são dois dos princípios que

Depois, a autorização de utilização de uma cópia de um programa de computador, pelo seu legítimo “adquirente”, ainda que de acordo com o fim a que se destina, não inclui, em princípio, a faculdade de reprodução-cópia dessa mesma cópia, uma vez que a execução de uma *cópia de apoio (back-up copy)* só é admitida quando for necessária para a utilização do programa (art. 5.º, 2), e o titular dos direitos sobre o programa não tenha fornecido ao legítimo utilizador a necessária cópia de apoio¹¹⁷.

Ademais, o utilizador legítimo tem ainda a faculdade de *observar, estudar ou testar o funcionamento do programa* a fim de apurar as ideias e os princípios subjacentes a qualquer elemento do programa quando efectuar operações de carregamento, de visualização, de execução, de transmissão ou de armazenamento, em execução do seu contrato (art. 5.º, 3), isto é, tendo em conta os poderes de utilização abrangidos pela sua licença (que variam consoante o respectivo fim negocial). Isto significa, ainda, que a livre troca das ideias só é possibilitada no exercício de uma faculdade contida na respectiva autorização de utilização, sendo a investigação que se visa promover apenas lícita se efectuada pela prática de actos autorizados de utilização¹¹⁸, ou seja, “desde que estes actos [de observação, estudo ou teste do funcionamento do programa] não infrinjam os direitos de autor em relação ao programa” (cons. 18, *in fine*).

Finalmente, o utilizador legítimo pode, em circunstâncias restritas, proceder à *descompilação* do programa¹¹⁹ (art. 6.º). Esta operação implica a reprodução e a modificação da forma do código (cons. 19), sendo justificada em “circunstâncias restritas” (cons. 21), que resultam, segundo o melhor entendimento, não apenas da letra do artigo 6.º, mas também da sua interpretação consonante com os princípios constantes dos considerandos 10, 11, 12, 19, 20, 21, 22 e 23. Sucintamente, são as seguintes as

informam o regime consagrado pela directiva comunitária. Cfr. DIAS PEREIRA, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., p. 777, nota 1232.

¹¹⁷ Neste sentido, LEHMANN, *Das neue Software-Vertragsrecht*, cit., p. 1823; VIVANT, *Logiciel 94*, p. 436; RISTUCCIA/ZENO-ZENCOVICH, *Prime notazioni*, cit., p. 251.

¹¹⁸ Não sendo permitidas a reprodução-cópia e a descompilação do programa para este fim de “estudo das ideias” (cfr. ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, DII 1(1992), p. 32). Abrange, porém, o chamado *black box approach* ou *black box analysis*; isto é, as operações de análise, os testes de execução, e as rotinas de memória (cfr. VINJE, Thomas, *Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität*, GRUR Int 4(1992), p. 17; sobre a *black box*, CASSOTTANA, *Sperimentazione in ambito privato*, cit., p. 1257).

¹¹⁹ A descompilação de um programa de computador é o processo pelo qual se “regressa” ao código-fonte reconvertendo o código-objecto. O objectivo da descompilação é, portanto, reverter — daí a expressão inglesa *reverse engineering* — o programa na sua forma humanamente legível, ou seja, no código-fonte em que foi escrito através de uma linguagem de programação. O acesso ao código-fonte do programa torna possível, por seu turno, a reprodução do respectivo código, no todo ou em parte, a recriação do código-fonte perdido, a correcção de erros (*debugging*) e, em geral, a sua transformação, quer pela sua tradução através de uma outra linguagem de programação (Cobol, Pascal, Basic, Fortran, etc.), quer pela sua adaptação ou alteração com a preparação de produtos derivados (*derivatives*), sejam actualizações ou melhoramentos do programa original (*updatings*) ou programas funcionalmente equivalentes ainda que não expressivamente semelhantes ou idênticos (*software-cloning*). Estas vantagens são possíveis mesmo que se entenda que não se trata rigorosamente de descompilação mas tão só de desmontagem (*disassembling*), uma vez que a partir do código-objecto não se poderia recriar ou reconstruir senão um código semelhante ao código-fonte do programa descompilado.

“circunstâncias restritas”¹²⁰: 1ª só pode ser exercida pelo legítimo utilizador ou, em seu nome, por pessoa devidamente autorizada para o efeito; 2ª só quando for indispensável para obter as informações necessárias à interoperabilidade (ou seja, à capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas - cons. 12); 3ª entre um programa de computador criado independentemente com outros programas e *todos os elementos de um sistema informático* (pois que a interoperabilidade, atrás definida, se analisa na interconexão e interacção lógica e, quando necessária, física, no sentido de permitir o funcionamento conjunto de todos os elementos do suporte lógico e do equipamento com outros suportes lógicos e equipamentos, e com os utilizadores, e todas as formas de funcionamento previstas —cons. 10 e 12 —; e que um dos objectivos prosseguidos com a inserção desta faculdade excepcional de descompilação no âmbito mínimo de qualquer autorização de utilização é o de permitir a interacção, ou seja, a interoperabilidade de todos os elementos de um sistema informático, incluindo os de diferentes fabricantes, de forma a poderem funcionar conjuntamente —cons. 22)¹²¹; 4ª e na medida em que: a) esses actos se limitem apenas às partes do programa necessárias à interoperabilidade (a saber, as *interfaces*: art. 6.º, 1, al. c), e cons. 11); b) e as informações necessárias à interoperabilidade não se encontrem já fácil e rapidamente à sua disposição (art. 6.º, 1, al. b)). Por outro lado, as informações licitamente obtidas não podem ser utilizadas para outros fins, nem transmitidas a outrem (no quadro das chamadas operações de *clean-room*¹²²), senão, respectivamente, para assegurar ou quando seja necessário para, a interoperabilidade do programa criado independentemente (art. 6.º, 2, als. a) e b) — e ainda que este último seja um *competing product* do programa descompilado, porquanto a descompilação deste se tenha efectuado com vista a participar da sua interoperabilidade, seja com o próprio programa descompilado, seja com quaisquer outros produtos — equipamentos e/ou suportes lógicos — com que este for compatível¹²³). Nesse sentido, não podem ser utilizadas para o desenvolvimento, produção

¹²⁰ Sobre esta questão *vide*, desenvolvidamente, DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., pp. 641 ss.

¹²¹ Com efeito, o fundamento do art. 6.º é permitir uma concorrência em todos os níveis (equipamento e/ou suporte lógico), de modo a que qualquer adquirente possa compor o seu sistema informático como se se tratasse de um jogo (*Baukasten*), com elementos de diferentes proveniências, sem se dever correr o risco de que estes componentes não possam optimamente ser interoperáveis uns com os outros: cfr. LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2116 e n. 66; ainda neste sentido, *vide*, por ex., VYNJE, *Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität*, cit., pp. 252 ss. Porém, favorável a uma interpretação literal desta norma, no sentido de não abranger “hardware ou data interoperability”, TAPPER, *The European Software Directive*, cit., p. 159. Sobre a importância da excepção de descompilação em ordem à promoção da interoperabilidade nas comunicações electrónicas *vide* DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., p. 646, nota 1066, com mais indicações.

¹²² Cfr. VINJE, Thomas, *La directive européenne sur la protection des logiciels et la création des produits interoperables*, DIT 2(1992), p. 21.

¹²³ Cfr. Comunicação da Posição da Comissão ao Parlamento Europeu, de 18 de Janeiro de 1991, em virtude do art. 149.º, n. 2, al. b) do Tratado de Roma, SEC (91) 87 final — SYN 183, 18.1.1991, par. 4.7, p. 5.

ou comercialização de um programa substancialmente semelhante na sua expressão, *ou para qualquer outro acto que infrinja os direitos de autor* (como, nomeadamente, as operações de manutenção não abrangidas no *licere* da respectiva autorização de utilização e a criação de produtos derivados)¹²⁴.

A faculdade de descompilação é, assim, admitida apenas como ultima *ratio*, em ordem à promoção do “imperativo da interoperabilidade”¹²⁵ informática, mesmo entre concorrentes, constituindo, nesses termos restritivos, uma utilização “legítima e compatível com uma prática leal” (cons. 21). Todavia, ao mesmo tempo parece implicar, segundo alguns autores, a ilicitude da descompilação efectuada com vista apenas, por exemplo, à manutenção do programa¹²⁶, ao estudo das ideias ou investigação¹²⁷ ou à criação de um produto derivado.¹²⁸ Note-se, ainda, que a utilização e transmissão das informações licitamente obtidas respeitantes aos processos ou métodos funcionais que o programa utiliza não constitui, por si só, ilícito em matéria de direitos de autor. Poderá ser um acto constitutivo de concorrência desleal ou, eventualmente, um acto violador do direito exclusivo de patente, na medida em que esta forma de propriedade seja atribuída a tais elementos dos programas (art. 9, 1)¹²⁹. Porém, a directiva consagra um direito de propriedade intelectual *sui generis*, protegendo o conteúdo ideativo e funcional dos programas de computador através de um direito especial sobre o processo, na medida em que não permite que as informações obtidas mediante descompilação lícita sejam utilizadas (e/ou transmitidas a outrem) para outros fins que não o de assegurar a interoperabilidade de um programa criado independentemente, apesar de essa utilização não constituir um ilícito jurídico-autoral em sentido próprio (art. 6.º, 2, als. a) e b)).¹³⁰ Em todo o caso, as empresas que ocupem no mercado europeu uma posição de força ou uma

¹²⁴ Por exemplo, a actualização ou melhoramento do programa (*updating*) sob o pretexto de manter a sua interoperabilidade com um programa independentemente criado. Cfr. VOSS, Christopher, *The Legal Protection of Computer Programs in the European Economic Community*, CompLJ 3(1992), p. 455.

¹²⁵ VINJE, Thomas, *Magill: its impact on the information technology industry*, DIT 2(1993), p. 21.

¹²⁶ Cfr., por ex., SUCKER, Michael, *The Software Directive — Between the Combat Against Piracy and the Preservation of Undistorted Competition*, in *A Handbook of European Software Law*, cit., p. 18.

¹²⁷ Cfr., por ex., VINJE, *La directive européenne sur la protection des logiciels et la création des produits interoperables*, cit., p. 20.

¹²⁸ Nos EUA, apesar de a lei não consagrar expressamente uma excepção de descompilação, a licitude desta operação seria admitida em certas circunstâncias para fins de interoperabilidade pela jurisprudência com fundamento na *fair use doctrine* (*Atari Games, Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 975 F. 2d 832 — Fed. Cir. 1992, e *Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F. 2d 1510 — 8th Cir. 1992). Sobre este importante *case law*, vide, por ex., MILLER, *Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works*, cit., p. 1015 (com apreciação crítica deste *case law*); ARRIOLA, Trinnie, *Software Copyright Infringement Claims After May Systems v. Peak Computer*, Washington LR 69(1994), p. 405; GOLDSTEIN, Paul, *The EC Software Directive: a View from the United States of America*, in *A Handbook of European Software Law*, cit., pp. 210 ss).

¹²⁹ Sobre este problema vide, desenvolvidamente, DIAS PEREIRA, Alexandre, *Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador*, in *Direito Industrial*, APDI, Vol. I, Separata, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 385 ss.

¹³⁰ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 473.

posição dominante¹³¹ são obrigadas a publicar as suas informações sobre as *interfaces* nos protocolos de acesso (cons. 26 e 27)¹³², em ordem à normalização e à padronização das *interfaces* (cons. 9) e a facilitar o acesso fácil e rápido a tais operações¹³³.

O diploma interno regulou autonomamente os *direitos do utente*¹³⁴, dispondo que o utente legítimo de um programa pode sempre, para utilizar o programa ou para corrigir erros, carregá-lo, visualizá-lo, executá-lo, transmiti-lo e armazená-lo (art. 6.º, 1). E, no n. 2, acrescenta: mesmo se esses actos implicarem operações previstas no n. 1, ou seja, as operações de carregamento, visualização, execução, transmissão ou armazenamento. Parece que esta disposição “deve ser um lapso de redacção da nossa lei”¹³⁵. Todavia, admite-se estipulação contratual em contrário (art. 6.º, 3, *in fine*), parecendo que tais operações poderão ser proibidas por contrato. O que é passível de se traduzir, por um lado, na ilicitude da observação, do estudo e do ensaio do funcionamento do programa para determinar as ideias e princípios que estiverem na base de algum dos seus elementos quando tal *investigação* se processe através daquelas operações; e, por outro lado, na ilicitude da utilização e da correcção de erros do programa efectuadas mediante aquelas operações.

Isto poderá deixar o utilizador com uma “licença” que não lhe permite, na prática, utilizar o programa.¹³⁶ Na verdade, podendo ser impedido de praticar tais operações, torna-se difícil saber como poderá o “utente legítimo” proceder, de facto, à investigação e/ou à execução de uma cópia de apoio, facultades estas que o legislador, «respeitando» a directiva, cunhou como imperativas (art. 6.º, 2). Estes direitos mínimos do utilizador legítimo encontram-se, de facto, salvaguardados no considerando 17 da directiva sobre os

¹³¹ Entendendo-se que a posição é dominante quando a estrutura da *interface* é dominante face aos padrões de compatibilidade. Cfr. *Guidelines on the Application of the EEC Competition Rules in the Telecommunications Sector*, CMLR 4/1991, p. 496.

¹³² Com efeito, “control over interfaces may allow a dominant vendor to control neighbouring markets [no domínio, nomeadamente, dos: sistemas operativos, programas aplicativos, periféricos, CPU's, serviços de manutenção, etc.]. The community has thus acknowledged that dominant vendors may be required under EC competition law to provide necessary interface information to competitors, *whether it is copyrightable or not*”: VINJE, “*Magill*”: *Its Impact on the Information Technology Industry*, cit. pp. 21-2, itálico nosso. No mesmo sentido, cfr. LEHMANN, *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, cit., p. 2113, n. 27, e p. 2116.

¹³³ Um importante problema que se coloca em face das regras do direito europeu da concorrência surge quando uma empresa em posição dominante recusa conceder uma licença de utilização de informações necessárias à interoperabilidade de sistemas informáticos a um seu concorrente ainda que de um “neighbouring market”. Ver, a este respeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias firmada no caso *Magill*. Cfr, por ex., VINJE, “*Magill*”: *Its Impact on the Information Technology Industry*, cit., pp. 16 ss.

¹³⁴ Sobre a importância da protecção do utente *vide*, por ex., MILLÉ, António, *Derechos del usuario de bienes informáticos*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, cit., p. 331

¹³⁵ LOPES ROCHA/Pedro CORDEIRO, *A protecção jurídica do «software»*, cit., p. 34.

¹³⁶ Sobre o conceito de uso informático *vide* MILLÉ, António, *Uso de obras por la informática*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, Lisboa: Cosmos/Arco-Íris, 1994 [Comunicações, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Lisboa, 15-18 de Novembro de 1994], p. 329 ss.

programas de computador: “considerando que os direitos exclusivos do autor para impedir a reprodução não autorizada da sua obra devem ser sujeitos a uma excepção limitada no caso de se tratar de um programa de computador, de forma a permitir a *reprodução tecnicamente necessária* para a utilização daquele programa pelo seu adquirente legítimo; que tal significa que *as acções de carregamento e funcionamento necessárias à utilização de uma cópia de um programa legalmente adquirido, incluindo a acção de correcção dos respectivos erros, não podem ser proibidas por contrato*”.

Relativamente às regras da descompilação, a directiva prescreve a nulidade das estipulações contratuais contrárias a todas as normas da descompilação, quer respeitem ao acesso às informações, quer respeitem à sua utilização¹³⁷. Porém, o legislador nacional entendeu que apenas as regras relativas ao acesso às informações (mediante descompilação) deveriam ser imperativas; já as regras de utilização das informações licitamente obtidas seriam dispositivas. Assim, no art. 7.º, 1 e 2, estabelece as regras de acesso às informações (as condições de licitude da descompilação), prevendo no n. 3 que “é nula qualquer estipulação em contrário ao disposto nos *números anteriores*”. Depois, nos seguintes ns. 4 e 5 estabelece as regras de utilização dessas informações, não as cunhando com igual nota de *imperatividade*. Donde decorre que, segundo o diploma interno, não será nula a estipulação contratual que proíba a comunicação a outrem dessas informações ainda que tal seja necessário para a interoperabilidade do programa criado independentemente. A nosso ver, tal situação não está de acordo nem com a letra nem com o espírito da directiva¹³⁸.

§ 3. Aqui chegados interessa esclarecer mais desenvolvidamente o recorte, positivo e negativo, dos direitos de autor sobre os programas de computador, de modo a compreender o jogo entre os poderes reservados em exclusivo ao titular de direitos e as faculdades mínimas de utilização imperativamente salvaguardadas, em ordem à protecção do utilizador legítimo e à prossecução da liberdade de concorrência neste mercado, com crescente importância económica. E importa sobretudo centrar a atenção no chamado “direito de transformação”. Como vimos, um dos poderes atribuídos pelo direito de autor sobre programas de computador é o exclusivo de adaptação ou transformação.

A nível comunitário, o direito de adaptação ou transformação foi harmonizado em termos de assistir ao titular o direito exclusivo de efectuar ou autorizar a “transformação” (art. 4.º-b). Como exemplos do relevo económico deste direito de exploração podemos

¹³⁷ Vincando a distinção entre o acesso e a utilização das informações, no sentido de a imperatividade se dirigir a ambos, vide, por exemplo, VERSTRYNGE, Jean-François, *Protecting Intellectual Property Rights Within the New Pan European Framework, Droit de l'informatique et des télécoms*, 2/1992, p. 10-1.

¹³⁸ Vide art. 6.º, 2-b, art. 9.º, 1, *in fine*, e cons. 25, da directiva sobre os programas de computador.

apontar a “tradução” do código-fonte em código-objecto, a tradução do código-fonte através de uma outra linguagem de programação (“clonagem”), a preparação dos chamados produtos derivados (sejam complementares ou substitutos funcionalmente equivalentes), a transformação do programa com vista ao melhoramento da sua eficiência (as chamadas actualizações ou *updates*), a adaptação do programa às necessidades específicas do utilizador, e a prática de operações de manutenção e assistência.¹³⁹ Em princípio, todas estas actividades seriam reservadas em exclusivo ao titular de direitos sobre o programa. Porém, à semelhança das outras faculdades abrangidas pelo direito de autor sobre o *software*, também este direito sofre certos limites e excepções, que se justificam, quer pela protecção do utente legítimo, garantindo-lhe determinadas faculdades mínimas de utilização, quer pela promoção da livre e leal concorrência. São aquelas faculdades ou direitos mínimos que integram imperativamente toda e qualquer licença de utilização concedida pelo titular dos direitos sobre o programa, designadamente: 1.ª as acções de carregamento e funcionamento necessárias à utilização de uma cópia do programa, bem como a acção de correcção dos respectivos erros; 2.ª a execução de uma cópia de apoio na medida em tal seja necessário para a sua utilização; 3.ª os actos necessários de observação, estudo ou teste do funcionamento do programa; 4.ª em termos restritos, a descompilação do programa para fins de interoperabilidade. Estas faculdades ou direitos integram imperativamente o âmbito mínimo de qualquer licença de utilização concedida pelo titular dos direitos relativamente ao programa, uma vez que quaisquer disposições contratuais contrárias são “consideradas nulas”¹⁴⁰. Isto implica reconhecer a existência de “certas faculdades que não podem deixar de ser permitidas genericamente ao utilizador, pois doutra maneira criava-se uma escravidão deste em relação ao titular dos direitos. Assim aconteceria por exemplo se a correcção de erros do programa estivesse também dependente do consentimento do titular.”¹⁴¹ Vejamos mais em pormenor.

3.1. O art. 5.º, 1, da directiva comunitária contém uma norma dispositiva, nos termos da qual: “salvo disposições contratuais em contrário, os actos previstos nas alíneas a) e b) do artigo 4.º não se encontram sujeitos à autorização do titular sempre que sejam necessários para a utilização do programa de computador pelo seu adquirente legítimo de

¹³⁹ Cfr., por ex., HABERSTUMPF, *Der urheberrechtliche Schutz*, cit., p. 127-30; KAPPES, Florian, *Rechtsschutz computergestützter Informationssammlungen (Gesetzliche und vertragliche Schutzmöglichkeiten für CD-ROM- und Online-Datenbanken einschließlich Multimedia-Anwendungen)*, 1996, p. 141-2.

¹⁴⁰ Cfr. Directiva software, art. 9.º, 1, 2ª parte.

¹⁴¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 344.

acordo com o fim a que esse programa se destina, bem como para a correcção de erros”¹⁴². No entanto, se bem que se trate de uma norma dispositiva, não podem em qualquer caso ser proibidas por contrato as acções de carregamento e de funcionamento necessárias à utilização legítima de uma cópia de um programa (legalmente “adquirida”), incluindo as acções de correcção dos respectivos erros. Estas acções constituem (juntamente com o disposto nos arts. 5.º, 2 e 3, e 6.º) o âmbito mínimo de qualquer autorização de utilização de uma cópia de um programa de computador; mínimo esse justificado de forma a permitir a *reprodução tecnicamente necessária* à respectiva utilização por quem se encontra, para o efeito, devidamente autorizado (cons. 17)¹⁴³. Respeitado esse *licere* mínimo, e nos limites da lei, a autorização pode conter certas estipulações específicas restritivas do âmbito da utilização (as chamadas cláusulas CPU, limitando a utilização do programa num determinado equipamento, instalado num certo local, proibindo a sua utilização múltipla, em rede ou em linha).¹⁴⁴

Por outro lado, “na ausência de cláusulas contratuais específicas, nomeadamente quando uma cópia tenha sido vendida, qualquer outra acção necessária à utilização de uma cópia de um programa poderá ser realizada *de acordo com o fim a que se destina* pelo adquirente legal dessa mesma cópia”¹⁴⁵. E tanto no que respeita às operações de reprodução como nas relativas à sua *transformação*, pois que estas últimas não se limitam apenas à “acção de correcção dos *respectivos* erros” necessária à utilização da cópia de um programa no âmbito, em último termo, mínimo da sua *reprodução técnica*, antes sendo agora a necessidade das acções de transformação aferida pelo critério do *fim a que se destina* pelo seu utilizador legítimo. Fim esse, porém, relativo tão só à utilização do programa e, nessa medida, justificativo apenas das operações de transformação relativas à correcção de erros do programa e à sua *adaptação às necessidades específicas* do legítimo utilizador¹⁴⁶. E, portanto, englobarão apenas a chamada *manutenção do programa*

¹⁴² O termo “adquirente” terá resultado de de um erro editorial, tratando-se antes da pessoa com direito de utilizar o programa: cfr. WIEBE, CL&P 1993, p. 85, n. 69; VIVANT, JCP 1994, p. 436.

¹⁴³ Diz-se a este propósito que “o carregamento e o funcionamento do programa são implicitamente permitidos se o direito de usar o programa tiver sido adquirido” (CZARNOTA/HART, *Legal Protection*, cit., p. 57).

¹⁴⁴ Cfr. LEHMANN, NJW 1991, p. 2114; SINGLETON, CL&P 1993, p. 52 s.

¹⁴⁵ Directiva software, cons. 17, *in fine*. A referência ao fim de destinação parece consagrar o princípio da “cedência funcional”, isto é, o princípio segundo o qual “o negócio autoriza, salvo cláusula em contrário, todos os actos que sejam necessários para a obtenção daquela finalidade”, e, por outro, “o negócio não autoriza nenhuns actos que ultrapassem aquela finalidade” (OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, cit., p. 357). A formulação deste princípio interpretativo é devida a GOLDBAUM, tendo sido acolhido na lei alemã de 1965: cfr. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin, 1980, p. 364-5. Vazado no § 31(5) UrhG, o “Zweckübertragungsprinzip als ein das Urheberrecht beherrschender Grundsatz” (FISCHER/RECIH, *Urhebervertragsrecht*, 1991, p. 8) encontra expressão em diversas normas da lei alemã, parecendo ter sido acolhido pela directiva comunitária. Sobre este princípio fundamental, *vide*, por todos, SCHWEYER, *Zweckübertragungstheorie*, 1982; LIEBRECHT, *Die Zweckübertragungslehre*, 1983; e, recentemente, GÖTTING, *Urheberrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen*, p. 72, com mais referências.

¹⁴⁶ Neste sentido, LEHMANN, NJW 1993, p. 1826. Ver, porém, ZENO-ZENCOVICH, DII 1992, p. 31.

destinada a alcançar e assegurar a sua interoperabilidade, e já não outras operações de transformação susceptíveis de afectarem o interesse de participação do titular do direito sobre o programa no resultado económico da sua exploração, como, nomeadamente, as implicadas nas actualizações (*updates*).¹⁴⁷

Finalmente, no que respeita aos poderes de disposição, ao adquirente de uma cópia, e apenas a ele, é reservada a faculdade de alienar (vender, doar, trocar) essa mesma cópia, por força do esgotamento do direito de distribuição dessa cópia, resultante de ter esta sido objecto de comercialização na Comunidade, isto é, de compra para revenda; porém, já não goza da faculdade de locar essa mesma cópia, porquanto tal direito é reservado em exclusivo ao titular dos direitos de exploração económica (art. 4.º-c, DPC).

3.2. Um outro aspecto que interessa analisar mais detalhadamente diz respeito à descompilação. Com efeito, as regras da descompilação constituem uma das excepções aos direitos de autor relativos aos programas de computador, regras essas que são imperativas.¹⁴⁸ Tendo em conta a importância da descompilação, é de registar que, no direito comparado, a solução adoptada por via legislativa a nível comunitário seria consagrada em termos semelhantes pela casuística jurisprudencial dos EUA. Com efeito, neste país a descompilação dos programas de computador era defendida por diversos autores, no sentido de permitir o acesso às ideias e princípios e a utilização dos elementos não literais (o conteúdo funcional) dos programas de computador não protegidos pelos direitos de autor com vista a alcançar a interoperabilidade entre os programas e a padronização das respectivas *interfaces*, no quadro dos comandos constitucionais do progresso científico-tecnológico e da livre concorrência no mercado neste sector industrial e comercial da economia. Faculdade esta que, por se traduzir necessariamente na violação dos direitos exclusivos do titular, se para uns («*access' criticism*») justificava apenas uma reduzida protecção dos programas de computador pelos direitos de autor — prescrevendo-se uma excepção de descompilação dos programas de computador —, para outros implicava mesmo a consagração de um regime *sui generis* («*standardization' criticism*»).¹⁴⁹

¹⁴⁷ Cfr., por ex., LEHMANN, NJW 1991, p. 2115.

¹⁴⁸ Ver Directiva software, arts. 6.º e 9.º, 1, *in fine*. Sobre as linguagens e métodos de programação, componentes e operações dos computadores digitais, v. "Computer Science" / "Computers", *Britannica*, 16 p. 633 s, p. 643 (v. também a parte relativa à inteligência artificial, p. 635-6, 651-2).

¹⁴⁹ Cfr. MILLER, Harvard LR 1993, cit., p. 985 s. A orientação jurisprudencial favorável à descompilação para fins de interoperabilidade, em consonância com a solução legislativa comunitária, re-animou o debate neste país, tendo sido apresentado, inclusivamente, um "Manifesto" no sentido da criação de um regime *sui generis* de protecção dos programas de computador (v. SAMUELSON/DAVIS/KAPOR/REICHMANN, Columbia LR 1994, p. 2318).

Porém, o Copyright Act de 1976, alterado em 1980 para proteger ao abrigo do *copyright* os programas de computador enquanto obras literárias — na sequência da proposta da *National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works* (CONTU) — não consagrou, ao contrário da directiva comunitária, uma excepção aos direitos exclusivos do titular que permitisse a descompilação dos programas de computador¹⁵⁰. Ou seja, não foi adoptado um regime *sui generis* propugnado por certos autores, nem foi consagrada a excepção de descompilação aos direitos exclusivos do titular defendida por outros autores. Contudo, não obstante se considerar em princípio como constitutiva de ilícito jurídico-autoral, a descompilação viria a ser admitida em certas circunstâncias pela jurisprudência com fundamento na *fair use doctrine*. Como precedentes são de referir o caso *Atari Games, Corp. v. Nintendo of America, Inc.* (Fed. Cir. 1992) e o caso *Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc.* (8th Cir. 1992). Consagrou-se, assim, por via jurisprudencial, com fundamento na *fair use doctrine*, uma faculdade de *reverse engineering* — semelhante à prescrita pela directiva comunitária¹⁵¹ — no sentido de permitir, ainda que em *ultima ratio*, o acesso, mediante descompilação, a, e a utilização de, informações indispensáveis à interoperabilidade entre produtos informáticos criados independentemente, promovendo a expressão criativa nos programas de computador e a padronização e compatibilidade entre sistemas informáticos e potenciando, assim, a livre concorrência neste sector da economia, em termos que, em último termo, revertem em favor do interesse público.¹⁵²

Ora, regressando ao direito europeu, vimos que constitui infracção aos direitos exclusivos do autor do programa qualquer reprodução, tradução, adaptação ou transformação não autorizadas da forma do código em que uma cópia de um programa de computador foi criada (cons. 19), parecendo, assim, que a directiva programas de computador prescreve "um regime de direito privativo sem *disclosure*"¹⁵³. Porém, o artigo

¹⁵⁰ Refira-se a propósito que, ao nível da experiência de outros países, é de destacar que no Canadá a faculdade de *reverse engineering* encontra-se expressamente prevista no art. 17(2) da respectiva lei, sendo também admitida, nomeadamente, na Australia (v. HUNTER, CL&P 1993, p. 122 s; HUGHES, CL&P 1994, p. 25 s).

¹⁵¹ GOLDSTEIN, *A View from the United States*, p. 210 s; sobre o *reverse engineering* nos EUA v. ainda, por ex., TETER, Stanford 1993, p. 1070 s; HAYES, CLJ 1993, p. 1 s, CLJ 1994, p. 13 s; MARLY, NJW-Cor 1994, p. 40 s; SOMA/WINSFILED/FRIESEN/PERRIT, Rutgers LJ 1994, p. 189, p. 415 s; GRAHAM/ZERBE, Rutgers LJ 1996, p. 61. Favorável à solução *case by case* da licitude da descompilação segundo a doutrina do *fair use* em matéria de direitos de autor, e contra a prescrição estatutária consagrada pela directiva no art. 6.º, vide OMAN, GRUR Int 1992, p. 891.

¹⁵² Para uma crítica à jurisprudência "reverse engineering", vide MILLER, Harvard LR 1993 p. 1019 s. Apesar das cerradas críticas de que esta jurisprudência foi objecto, em razão de gerar a desprotecção dos segredos de programação das empresas informáticas, a solução acabaria por ser reforçada pela recente lei deste país, que veio consagrar a licitude do contornamento do sistema técnico que impede o acesso ao código genético do programa no quadro de operações de descompilação para fins de interoperabilidade (cfr. Sec. 1201(f) *Digital Millennium Copyright Act*, de 28 de Outubro de 1998). Sobre esta lei vide, desenvolvidamente, DIAS PEREIRA, Alexandre, *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, BFD 1999, pp. 475 ss, com mais indicações.

¹⁵³ VELOSO, António, *A informática no direito de autor*, cit., p. 358.

6.º da directiva consagra como faculdade integrante do conteúdo mínimo de qualquer autorização de utilização concedida pelo titular dos direitos *a modificação da forma do código* do programa no sentido da sua reprodução e tradução, na acepção das alíneas a) e b) do artigo 4.º. Sendo que as informações licitamente obtidas mediante descompilação, nos referidos termos, não podem ser utilizadas para outros fins, nem transmitidas a outrem, senão, respectivamente, para assegurar ou quando seja necessário para, a interoperabilidade do programa criado independentemente.

A faculdade de descompilação incluída no âmbito mínimo de qualquer autorização de utilização de um programa de computador é, assim, apenas admitida como “ultima ratio”¹⁵⁴, verificadas, cumulativamente, as circunstâncias restritas *supra* analisadas. Por seu turno, a utilização das informações obtidas com o seu exercício apenas é lícita se e na medida em que sejam necessárias para assegurar a interoperabilidade de um programa — ainda que concorrente do programa licitamente descompilado — criado independentemente¹⁵⁵; sendo este fim também o critério da licitude da própria descompilação¹⁵⁶. E, nesses termos restritos, constitui uma faculdade de utilização “legítima e compatível com uma prática leal” da concorrência (cons. 21). Termos esses que são reforçados pelo critério interpretativo consagrado no art. 6.º, 3: “De acordo com o disposto na Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, as disposições do presente artigo não podem ser interpretadas no sentido de permitirem a sua aplicação de uma forma susceptível de lesar os *interesses legítimos* do titular de direitos ou que não se coadune com uma *exploração normal* do programa de computador.” Consagra esta cláusula geral, este “caveat”¹⁵⁷, à semelhança do art. 9.º, 2, da Convenção de Berna revista, um critério interpretativo que designamos como o *princípio da interpretação mais favorável* ao interesse de participação do titular de direitos nos resultados económicos da respectiva exploração do programa¹⁵⁸.

Todavia, esse princípio não é absoluto, antes devendo ser devidamente articulado com os outros princípios que norteiam o regime de apropriação jurídica do *software*, quais

¹⁵⁴ LEHMANN, *Richtlinie*, cit., p. 24 (“eine schnittstellenbezogen Rückwärtsanalyse als ultima ratio nur dann als zulässig zu betrachten ist, wenn anders die Interoperabilität von Computerprogrammen nicht hergestellt werden kann”).

¹⁵⁵ Refere-se, a propósito, a consagração de um princípio de *fair use* ou utilização segundo a boa fé objectiva (cfr. CASSOTTANA, CI 1993, p. 1262). Nesse sentido sustenta-se, também, a licitude num quadro de *fair use* da reprodução-cópia de partes do código protegidas pelos direitos de autor e relativas às *interfaces* do programa descompilado para fins de interoperabilidade (cfr. VINJE, DIT 2/1992, p. 22)

¹⁵⁶ O que leva a que alguns autores sustentem a ilicitude da descompilação efectuada com vista apenas, por ex., à manutenção do programa (v., por ex., SUCKER, *The Software Directive*, p. 18) ou ao estudo das ideias ou investigação (v., por ex., VINJE, DIT 2/1992, p. 20). Todavia, não secundamos inteiramente este entendimento, como adiante veremos melhor.

¹⁵⁷ FRANCESCHELLI, RDI 1991, p. 184 (identificando o “interesse legítimo” de que fala a directiva, com o “diritto soggettivo” — p. 185).

¹⁵⁸ Cfr. DIAS PEREIRA, Alexandre, *Contratos de «software»*, cit., p. 84. De notar que a directiva comunitária terá deixado a atribuição do ónus da prova da ilicitude ou da licitude da descompilação à legislação nacional de cada Estado-membro: neste sentido, VINJE, DInFT 2/1992, p. 19, n. 53.

sejam o princípio da protecção do utente e o princípio da promoção da liberdade de concorrência. Com efeito, no que respeita a este último, a faculdade de descompilação, ainda que admitida em termos restritos apenas para fins de interoperabilidade, é, sobretudo, um instrumento de salvaguarda da concorrência no mercado das tecnologias da informação. Como bem ilustra o exemplo dos sistemas operativos, “se o fornecedor de um sistema operativo tivesse direitos de autor que protegessem o *interface* técnico entre o sistema operativo e o programa de processamento de texto, o fornecedor poderia ser capaz de controlar o mercado dos programas de processamento de texto que trabalhassem com esse sistema operativo.”¹⁵⁹ Além disso, interessa realçar o sentido amplo do conceito de interoperabilidade, que delimita a licitude dos actos de descompilação. Há, na verdade, quem se mostre favorável antes a uma interpretação literal desta norma, no sentido de não abranger “hardware ou data interoperability”¹⁶⁰. Porém, a tese da interoperabilidade de sistemas informáticos (computadores e suportes lógicos), que não apenas programas-programas, deve ser apoiada, sendo uma alavanca fundamental ao nível da promoção do comércio electrónico e da liberdade de navegação na Internet¹⁶¹.

3.3. Por outro lado, o regime da descompilação — cuja elaboração muito animou os grupos de pressão deste sector¹⁶² —, levanta ainda o problema da protecção dos códigos de programação, em especial dos algoritmos, que são considerados “a parte mais importante de um programa de computador”.¹⁶³ Com efeito, a directiva parece não os conceber como simples ideias e princípios abstractos, nem como puras fórmulas matemáticas, adoptando, ao invés, o entendimento que os caracteriza como *métodos ou processos funcionais*, ou seja, como sequência de passos com vista à solução de determinados problemas.¹⁶⁴ Processos estes que podem ser utilizados, entre outros, no

¹⁵⁹ DOWNING, Robbie, *EC Information Technology Law*, 1995, p. 89.

¹⁶⁰ TAPPER, *Perspective from the United Kingdom*, cit., p. 159.

¹⁶¹ Vide DIAS PEREIRA, Alexandre, *A Liberdade de Navegação na Internet: Browsers, Hyperlinks, Meta-tags*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, IJC/FDUC, Coimbra, 2002, pp. 227 ss.

¹⁶² Cf., por ex., LEHMANN, NJW 1991, p. 2115; CASSOTTANA, CI 1993, p. 1256. Os grupos de pressão foram, de um lado, o europeu ECIS (*European Committee for Interoperable Software*), e, de outro lado, o norte-americano SAGE (*Software Action Group for Europe*). Com efeito, as circunstâncias são restritas em “consequência de resistências muito grandes, principalmente por parte dos interesses norte-americanos. A lei estado-unidense não contemplava a descompilação. Mas, aprovada a directriz, já se prevê a introdução da descompilação na lei daquele país, por se não ter conseguido impor mundialmente o segredo.” (OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, cit., p. 345, n. 4).

¹⁶³ WIEBE, CL&P 1993, p. 79 (“the most valuable part of a computer program”). Segundo uma análise mais aprofundada das relações entre o programa de computador e o algoritmo poder-se-á dizer até que, inicialmente, “o conceito de programa segundo a definição dada deixa-se subsumir ao algoritmo. [...] Um programa é consequentemente um algoritmo para a armação própria da máquina” (HABERSTUPF, *Der urheberrechtliche Schutz*, cit., p. 82). No sentido da redução do programa ao algoritmo, a proteger mediante um direito conexo, DIETZ, Adolf, *El Derecho de autor*, cit., p. 28 (“el programa mismo (algoritmo)”).

¹⁶⁴ A palavra algoritmo, que tem a sua origem na palavra árabe “al-khuvarizmi”, depois recebida no latim como *Algoritmus*, significa “a finite set of unambiguous instructions that, when supplied with input values of a

sector da indústria informática, por exemplo, para a escrita de um programa — mas não se confundindo com os possíveis resultados da sua aplicação industrial¹⁶⁵ —, e, nessa medida, susceptíveis de fruição económica.

A protecção pelos direitos de autor dos algoritmos foi excluída, uma vez que incide apenas sobre a expressão, a forma expressiva, dos programas. Porém, no que respeita à sua protecção pelo direito de patente, não sendo estes, nem ideias ou princípios abstractos, nem puras fórmulas matemáticas, mas antes processos ou métodos funcionais¹⁶⁶, parece que a Convenção de Munique não excluirá a sua patenteabilidade *enquanto tais*, ou seja, enquanto algoritmos (distinguindo-os dos programas de computador em que podem ser utilizados). Enquanto invenções novas resultantes de actividade inventiva e susceptíveis de aplicação industrial, na medida em que não fossem excluídas da patenteabilidade pelo seu carácter ilícito¹⁶⁷ e se submetessem ao respectivo processo formal, poderiam ser objecto de um direito de patente. Terá a directiva aberto esta via de protecção? Com efeito, os algoritmos, enquanto métodos ou processos funcionais, são susceptíveis de diversas utilizações industriais, *maxime* na indústria informática.¹⁶⁸

Além disso, os algoritmos poderão ser protegidos pelo direito da concorrência desleal, que proíbe a ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos de indústria ou do comércio de outrem. Segundo a melhor doutrina¹⁶⁹, não se exige sequer um acto de concorrência desleal, beneficiando os segredos de um direito especial de protecção, ainda que enquadrado no catálogo de exemplos de actos que ilustram as práticas de concorrência desleal.¹⁷⁰

predefined nature, produce predefined outputs that result in the solution of a problem. Because algorithms are a central concern of all areas of computer science, many theoreticians concern themselves with the construction and analysis of efficient algorithms. Important classes of algorithms include those for sorting a list, searching for an item in a collection of data, pattern matching (looking for a specific word or phrase within a body of text), or generating random numbers so that sequences of apparently unrelated values can be used in computer simulation or in numeric techniques. An algorithm is encoded in a programming language before it is presented to a computer. The efficiency of an algorithm is most often determined by measuring the time it requires to solve a problem of specified size. *The New Encyclopædia Britannica*, Vol. 16, p. 632.

¹⁶⁵ HABERSTUMPF, *Der urheberrechtliche Schutz*, cit., p. 83 ("Der Algorithmus ist dannach nur ein Teil eines komplizierteren Programms.").

¹⁶⁶ Os algoritmos não se confundem assim com puras regras ou fórmulas matemáticas. *Vide*, por ex., WIEBE, CL&P 1993, p. 79, que, todavia, não aceita a cindibilidade da forma expressiva codificada dos algoritmos que se utilizam na escrita de um programa de computador, e por isso recusa a protecção do *software* pelos direitos de autor; não obstante, considera que a directiva compreende os algoritmos como puras fórmulas matemáticas e sustenta a protecção dos programas de computador enquanto possíveis invenções pelo direito das patentes, e, complementarmente, enquanto *know-how*, pelo direito direito dos segredos e da concorrência desleal. Para desenvolvimentos, *vide* WIEBE, *Know-how-Schutz*, 1993.

¹⁶⁷ Arts. 53.º, 57.º, CPE, arts. 49.º, 50.º, 2, CPI.

¹⁶⁸ Assim, por ex., SWINSON, Harvard JOL&T 1991, p. 145 s.

¹⁶⁹ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, 1994, p. 294.

¹⁷⁰ De resto, o ADPIC prevê a protecção das informações não divulgadas (art. 39.º), ainda que por referência à repressão da concorrência desleal contida na Convenção de Paris.

O instrumento comunitário¹⁷¹ abriu a porta à protecção dos algoritmos quer por via do direito das patentes quer por via da concorrência desleal, através da protecção dos segredos de programação. Como refere Lehmann, “a directiva não pretende proteger em exclusividade os programas de computador”¹⁷². Não obstante, apesar de a directiva admitir outras vias de tutela, *dever-se-á considerar como nula a disposição contratual que não permita o acesso e a utilização e/ou a transmissão de informações respeitantes a elementos do programa necessárias para assegurar a interoperabilidade de um programa de computador criado independentemente, mesmo que esses elementos sejam protegidos, nomeadamente, pelo direito dos segredos*¹⁷³ ou pela concorrência desleal, como vimos ser susceptível de suceder relativamente aos algoritmos. Na verdade, apesar de ressaltar outras formas de protecção, “a directiva reduziu claramente a protecção que poderia resultar do direito do segredo comercial”.¹⁷⁴

¹⁷¹ Art. 9.º, 1, 1ª parte (“as disposições da presente directiva não prejudicam quaisquer outras disposições legais, nomeadamente as relativas a direitos de patentes, a marcas, a concorrência desleal, a segredos comerciais, a protecção de produtos semicondutores ou ao direito dos contratos.”).

¹⁷² LEHMANN, NJW 1991, p. 2116-7. Em discussão está agora uma proposta de directiva que explorará a via das patentes. Cfr. *Relatório da Comissão sobre a aplicação e os efeitos da Directiva 91/250/CEE relativa à protecção jurídica dos programas de computador*, COM(2000) 199 final, 10.04.2000, p. 20. Com efeito, a protecção de patentes para as invenções de *software* é uma das iniciativas comunitárias anunciadas neste relatório: “A necessidade de criar transparência e certeza jurídica relativamente à protecção das invenções de *software* por patentes está a ser activamente discutida no seguimento do Livro Verde sobre a Inovação e do Livro Verde sobre a patente comunitária (COM (1999) 42 final)”. A nosso ver, a directiva *software* terá instituído um direito privativo sobre os processos codificados nos programas em sede de regras de descompilação. Ao mesmo tempo, porém, permite a sua utilização para fins de interoperabilidade. Ora, esta “licença legal” de utilização de informações tecnológicas deverá prevalecer mesmo no caso de serem concedidas patentes sobre os algoritmos utilizados na escrita de programas. De outro modo, atento o exponencial crescimento da emissão de patentes (veja-se mais recentemente nos EUA a decisão *State Street*, 1998-9), o imperativo da interoperabilidade, — e tudo o que isso significa em termos de comunicações electrónicas — poderá ser seriamente comprometido. Ver DIAS PEREIRA, Alexandre, *Patentes de Software*, cit., Coimbra, 2001; *Copyright Issues of Technodigital Property*, in *Intellectual Property in the Digital Age*, IEEM, Kluwer, 2001; *Internet, direito autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra 1999, p. 272; *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Almedina: Coimbra, 1999, p. 17-8; *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, ROA, 1999, pp. 994-5. Sobre a importância da interoperabilidade ao nível das comunicações electrónicas, veja-se a Decisão n.º 1720/1999/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho de 1999 relativa a uma série de acções e medidas destinadas a garantir a interoperabilidade das redes transeuropeias para intercâmbio de dados entre administrações (IDA) e o acesso a essas redes. Especificamente sobre o problema da patenteabilidade dos programas de computador (e dos algoritmos), poderá ver-se, *inter alia*: Hanneman, *The Patentability of Computer Software*, 1985; Teufel, *Patentschutz für Software im amerikanisch-europäischen Vergleich*, in Fiedler, Herbert / Ullrich, Hanns (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, 1997, p. 183; como artigos de revista, vide Benyacar, Rutgers LJ 1993, p. 129; Christie / Syme, Sydney LR, 1998, p. 517; Dragotti, RDI 1994, I, p. 539; Helffel, CL&P 1993, p. 18; Kindermann, CR 1992, p. 577, p. 658; Merges, Berkeley Tech. LJ. 1999, p. 577; Newman, EIPR 1997, p. 701; Swinson, Harvard J< 1991, p. 145-214; Ullmann, CR 1992, p. 641; Vietzke, CLJ 1993, p. 25..

¹⁷³ Esta interpretação é praticamente consensual na doutrina germânica em face dos §§ 17, 18 UWG, no sentido de que a protecção contratual enquanto *know-how* de determinados elementos do programa relativos às suas *interfaces*, embora não seja proibida expressamente pela “Buchstaben der Richtlinie”, será contrária ao seu espírito — à sua orientação geral de assegurar a interoperabilidade dos sistemas informáticos consagrada no art. 6.º — e, portanto, nula, por violar a sua imperatividade resultante do art. 9.º, 1, 2ª parte. Cfr. LEHMANN, NJW 1991, p. 2117; DREIER, EIPR 1991, p. 325; MORITZ, GRUR Int. 1991, p. 702; WIEBE, CR 1992, 138; HABERSTUMPF, GRUR Int. 1992, p. 722, Idem, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 162-3.

¹⁷⁴ CZARNOTA/HART, *Legal Protection*, cit., p. 96.

Mas terão os algoritmos sido objecto da protecção consagrada pelo legislador comunitário?¹⁷⁵ Em nosso entender, o instrumento comunitário acolhe no seio dos direitos de autor a protecção dos algoritmos, pelo menos indirectamente, através das regras da descompilação, uma vez que proíbe a utilização das informações obtidas por via desta para outros fins que não de interoperabilidade. Trata-se, como parece resultar do preâmbulo, da consagração de um direito especial enxertado no tronco direito de autor, protegendo indirectamente informações cuja utilização seria, no quadro tradicional dos direitos de autor, livre.

Não obstante, também aqui, por força do "imperativo da interoperabilidade", sempre que a utilização e/ou transmissão destas informações seja necessária para assegurar a interoperabilidade de um programa criado independentemente, dever-se-á considerar como "legítima e compatível com uma prática leal" (cons. 21), e, nessa medida, não constitutiva, nomeadamente, de concorrência desleal¹⁷⁶.

3.4. Depois, na procura de um equilíbrio entre o princípio da protecção proprietária do software, a protecção do utente e a promoção da liberdade de concorrência coloca-se ainda uma outra questão: a faculdade de correcção de erros e a adaptação a necessidades específicas do utente justificam a realização de operações de descompilação?

A excepção de descompilação não permite as operações de reprodução e de tradução senão para a obtenção de informações necessárias à interoperabilidade de um programa criado de modo independente com outros programas. Porém, trata-se de uma operação que permite recriar o código perdido e corrigir os erros do programa, adaptá-lo a necessidades específicas dos utilizadores e, ainda, criar versões actualizadas. Ora, na medida em que na prática destes actos sejam utilizadas informações obtidas mediante descompilação constituirão tais actos infracções aos direitos de autor? Pois que, tendo em conta o "jogo conjunto dos arts. 5 e 6, fica aberto que acções de manutenção e adaptação podem ser realizadas por cada utilizador legítimo"¹⁷⁷. Em nossa opinião, a licitude de certas operações, como sejam a correcção de erros e a adaptação às necessidades específicas do utilizador, é imperativamente garantida no quadro dos direitos mínimos de utilização, ficando de fora, porém, o desenvolvimento de versões actualizadas e a criação de clones funcionais.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Distinguindo os algoritmos das puras ideias, e concluindo que, embora a directiva não exclua a possibilidade da sua protecção como "conoscenza tecnica" ou *know-how*, não os abranja, porém, "di per si" como objecto da tutela que consagra, CASSOTTANA, CI 1993, p. 1257 e 1262.

¹⁷⁶ O que leva a que sustente que a directiva não protege sequer "in via di fatto, a segretezza del *know-how*" utilizado num programa, CASSOTTANA, CI 1993, p. 1263. Ainda no sentido do alcance geral da faculdade de *reverse engineering*, *inter alia*, WIEBE, CR 1992, p. 134 s.

¹⁷⁷ LEHMANN, *Die Richtlinie*, cit., p. 18.

¹⁷⁸ Cfr. DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., pp. 775.

Por um lado, no que à *criação de versões actualizadas* diz respeito, é entendimento geral que a ilicitude de tais actos é patente, ainda que possa revestir duas formas distintas. Se a forma de expressão da versão actualizada do programa for idêntica ou substancialmente semelhante à do programa descompilado, a utilização dessas informações constituirá uma infracção aos direitos de autor *stricto sensu*, uma vez que é feita para a prática de um acto que infringe direitos de autor. Todavia, se a forma de expressão da versão actualizada do programa não for idêntica ou substancialmente semelhante à do programa descompilado, então a utilização das informações será proibida, pelo simples facto, de ser feita “para outros fins”. Ou seja, tratar-se-á, agora, de uma forma *sui generis* de ilicitude, que decorre de uma forma especial de protecção dos segredos de programação informática.

Por outro lado, relativamente à utilização das informações obtidas mediante descompilação para a *correção de erros*, a solução já depende da consideração do princípio da protecção do utente legítimo de programas de computador, que se traduz na garantia legal de certas faculdades ou direitos mínimos de utilização, que integram, imperativamente, toda e qualquer licença de utilização concedida pelo titular dos direitos sobre o programa. Dentro destas faculdades mínimas de utilização encontra-se a faculdade de praticar aquela reprodução tecnicamente necessária para a utilização de uma cópia do programa, e para a *correção* dos respectivos erros. É um *direito mínimo* garantido ao utente legítimo, impondo limitações à liberdade contratual do titular dos direitos relativos ao programa. Por outro lado, a última parte do art. 5.º, 1, do instrumento comunitário tem um alcance mais vasto, uma vez que a correção de erros do programa poderá ser praticada por qualquer pessoa, ainda que, para o efeito, não tenha obtido uma licença de utilização do titular dos direitos. Com efeito, em nosso juízo, a *ratio* desta norma aponta no sentido de “*ao conceder uma faculdade de correção de erros mesmo a pessoas que não tivessem obtido qualquer autorização de utilização do programa pelo respectivo titular de direitos, o legislador comunitário teria querido proteger e promover a livre concorrência neste sector, em especial no florescente mercado paralelo dos serviços de manutenção e assistência*”¹⁷⁹.

Além do mais, constituindo a descompilação uma via de obtenção de informações que podem ser utilizadas para a correção de erros dos programas, ela poderá ser praticada pelo seu utente legítimo ou “em sem nome por pessoa devidamente autorizada para o efeito”, na medida em que a correção de erros seja necessária à interoperabilidade do

¹⁷⁹ DIAS PEREIRA, *Contratos de «software»*, cit., p. 87. Com efeito, os actos de reprodução, tradução e adaptação do programa poderão ser praticados por qualquer pessoa desde que necessários para a correção de erros. O alcance da expressão “salvo disposição em contrário”, será aqui mais restrito, porquanto a licitude de tais actos não carecerá de autorização do titular dos direitos. De outro modo, como aponta a doutrina, *inter alia*, a correção de erros poderia ficar dependente de autorização: cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, cit., p. 346.

programa, a qual abrange “todas as formas de funcionamento previstas” (cons. 10, *in fine*, do instrumento comunitário). Com efeito, os erros do programa poderão impedir “formas de funcionamento previstas” e, por isso, a sua interoperabilidade, justificando-se, portanto, a sua correcção através da utilização das informações obtidas por descompilação.

Para admitir este resultado necessário se torna, todavia, defender que o imperativo da interoperabilidade vale também relativamente aos programas cuja licença de utilização se obteve, e não apenas para programas criados independentemente. Com efeito, não nos parece que as regras da descompilação possam ter por efeito limitar os (outros) direitos do utente legítimo, na medida em que não lhe permitam a prática de actos de reprodução e transformação do programa necessário à correcção dos seus erros, ainda que estes obstem à sua interoperabilidade. Se é admitida a descompilação para obter informações cuja utilização é necessária à interoperabilidade de um programa criado de modo independente, *por maioria de razão*, também o deverá ser, em nosso entender, quando permita a correcção de erros de um programa necessária à sua própria interoperabilidade. Na verdade, a promoção da liberdade de concorrência prosseguida pelo regime da descompilação não deverá resultar numa restrição dos direitos dos utentes legítimos de programas de computador. Pelo que, salvo melhor entendimento, na medida em que a correcção de erros dos programas permita a sua interoperabilidade, deverá tal operação poder ser praticada através da utilização de informações obtidas por descompilação desse programa. Em suma, *a descompilação deverá ser permitida para a correcção de erros dos programas, na medida em que tal permita a sua interoperabilidade.*

Além disso, interessa ainda considerar a utilização das informações para a prática de *actos de adaptação do programa descompilado a necessidades específicas do utente*. A resposta dependerá dos termos da adaptação realizada, ou seja, das necessidades específicas do utente. Se em causa estiver apenas uma adaptação que se limite a permitir a interoperabilidade desse programa com o sistema informático do utente, inclinamo-nos para que as considerações expostas em sede de correcção de erros valham, também, *mutatis mutandis*, para estas situações. Apesar do teor literal da norma, este resultado justificarse-á no quadro de uma *interpretação teleológica* das regras da descompilação. Isto significa, ainda, que é subtraída ao titular dos direitos a faculdade de estipular nas licenças contratuais cláusulas contrárias a esse fim. Este resultado, se bem que não esteja expressamente previsto na hipótese do art. 5.º, 1, nem seja considerado no preâmbulo, é justificado pelo imperativo da interoperabilidade e, ainda, pelos direitos do utente legítimo, uma vez que lhe permite *utilizar o programa de acordo com o fim a que se destina.*

Não obstante, se as necessidades específicas do utente exigirem uma adaptação do programa que não se limite a permitir a sua interoperabilidade com o sistema informático

do utente, mas que envolva já a própria transformação do programa em termos de *criação de uma versão actualizada*, então, a menos que o contrato o permita, parece-nos que estaremos já perante uma situação de ilicitude. Ilicitude esta que decorre de a utilização das informações produzir um resultado de identidade ou semelhança substancial das formas de expressão e/ou, ainda, de se tratar de uma utilização “para outros fins”.¹⁸⁰

3.5. Finalmente, consideremos ainda a natureza criminal da protecção. O art. 14.º da lei interna prevê a tutela penal dos programas contra a reprodução não autorizada, remetendo expressamente para o art. 9.º, 1, da Lei da Criminalidade Informática¹⁸¹. Nos termos desta lei, “quem, não estando para tanto autorizado, reproduzir, divulgar ou comunicar ao público um programa informático protegido por lei será punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.”¹⁸² Resta saber se a tentativa é punível, tal como se prevê no art. 9.º, 3. Na verdade, ao remeter apenas para o n.º 1 deste artigo, a lei interna parece não ter afastado aquele preceito, ainda que tenha ressalvado a tutela por outras disposições legais de “diversa natureza” (art. 15.º). Aliás, a “falta de clareza” levou a que tivesse sido proposta a revogação do art. 9.º.¹⁸³ Mas vejamos mais detalhadamente.

A utilização não autorizada de programas de computador pode ser punida criminalmente. É verdade que se discutiu muito a criminalização relativa aos programas de computador uma vez que na doutrina não havia consenso quanto a saber se a noção de obra literária e artística os abrangia para efeitos de protecção pelo direito de autor, sabendo-se que a protecção pelo direito das patentes tinha sido negada pela Convenção de Munique. Actualmente, o problema terá sido clarificado com o regime especial dos programas de computador¹⁸⁴, o qual, de resto, ressalva a protecção dos programas por outros diplomas, em especial os Códigos do Direito de Autor e da Propriedade Industrial (incluindo a tutela da concorrência desleal). O legislador considerou que os programas de computador são bens dignos de tutela penal. Fê-lo dispondo que “um programa de computador é penalmente protegido contra a reprodução não autorizada” (art. 14.º, 1). Em certos casos, a reprodução é lícita sem autorização do titular de direitos. Vejam-se os artigos 6.º e 7.º. Mas a questão maior prende-se com a articulação do preceito com o disposto no número seguinte: “É aplicável ao programa de computador o disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 109/91 de 17 de Agosto.” Remete-se para a lei da criminalidade

¹⁸⁰ Para desenvolvimentos, *vide* DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática*, cit., § 55.

¹⁸¹ Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto.

¹⁸² Sobre esta lei, *vide* FARIA COSTA, José de, *Les crimes informatiques et d'autres crimes dans le domaine de la technologie informatique au Portugal*, *Révue Internationale de Droit Pénale*, 1993, p. 517.

¹⁸³ Cfr. LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 93

¹⁸⁴ Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, que se destina a transpor a Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho de 14 de Maio, relativo à protecção deles.

informática, que prevê a punição com pena de prisão até três anos ou com pena de multa do agente que sem autorização reproduzir, divulgar ou comunicar ao público um programa informático protegido por lei. Este preceito pune não apenas a reprodução mas também a divulgação e a comunicação ao público do programa, enquanto o n.º 1 do art. 14.º do regime dos programas de computador prevê apenas a punibilidade dos actos de reprodução¹⁸⁵. *Quid iuris?* Será que o regime especial de protecção revogou parcialmente a hipótese do preceito da lei da criminalidade informática? Trata-se, é verdade, de um regime mais favorável. Além disso, o decreto-lei foi aprovado com base numa lei de autorização. Porém, esta lei não aponta nesse sentido, limitando-se a autorizar o Governo a remeter para a legislação sobre criminalidade informática a tutela penal dos programas de computador¹⁸⁶.

De todo o modo, é de notar que a tutela penal dos programas de computador não abrange todo o conteúdo dos direitos de autor (e afins) sobre os programas, uma vez que de fora ficam os direitos de distribuição (ou de pôr em circulação, na terminologia adoptada) e de transformação. Além disso, a tutela penal não se refere expressamente à violação do direito moral. O ponto é duvidoso, todavia. Em causa está apurar a relação entre o regime especial e o Código do Direito de Autor, isto é, saber se os programas de computador são protegidos também pelo Código, em especial no que respeita ao direito moral. Sustentamos que uma interpretação conforme à letra e ao espírito da directiva comunitária justifica o acolhimento dos programas de computador no seio do Código, em especial no que respeita ao direito moral. Mas não perfilhamos um entendimento estático do direito moral, pois este vale consoante a natureza da obra em causa.¹⁸⁷

Abstract - Software: meaning and limits of its protection. The problematic legal nature of software has confronted two perspectives concerning software legal protection. On one hand, copyright law protection. On the other hand, patent law or sui generis IP protection. Legislators and case-law have favoured the copyright approach. Somehow, the European Patent Convention has conditioned the debate, since computer programs as such were excluded from patent protection. Moreover, the EC Directive has provided copyright protection for computer programs. In this paper, which has been presented at a conference promoted by the Porto District of the Portuguese Bar, the Portuguese implementation Act is analyzed in comparison with the provisions of the EC directive. Once again, it is argued that the Portuguese Act does not fully comply with the EC directive. Moreover, it is argued that the imperative of interoperability should prevail over any other legal protection of software, and that it should not result in a limitation to the rights of users, in particular in what concerns error correction and adaptation to the specific needs of the user. Finally, it is remarked the limited criminal nature of software Portuguese legal protection.

¹⁸⁵ Cfr. DIAS PEREIRA, Alexandre, *Propriedade intelectual, concorrência desleal e sua tutela (penal) em Portugal*, in Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, Janeiro de 2002, pp. 15 ss, com mais indicações.

¹⁸⁶ Cfr. art. 2.º-h da Lei n.º 21/94, de 17 de Junho

¹⁸⁷ Ver, desenvolvidamente, DIAS PEREIRA, Alexandre, *Informática*, cit., § 43.