

PROPRIEDADE INTELECTUAL, CONCORRÊNCIA DESLEAL E SUA TUTELA (PENAL) EM PORTUGAL*

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: I. Da propriedade intelectual em geral: 1. Introdução. 2. Enquadramento sistemático da propriedade intelectual. 3. Direito de autor e direitos conexos. 4. Propriedade industrial: patentes, modelos, marcas e afins. 5. Confronto sistemático. II. Da tutela criminal da propriedade intelectual em especial: 1. Um olhar de conjunto sobre a punição criminal da pirataria. 2. Os crimes contra o direito de autor e os direitos conexos (CDA): 2.1. Violação do direito moral (198.º); 2.2. Usurpação (art. 195.º); 2.3. Contrafacção (art. 196.º); 2.4. Aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada (art. 199.º). 3. Os crimes contra a “propriedade tecnológica” (topografias de produtos semicondutores, programas de computador, bases de Dados): 3.1. Topografias de produtos semicondutores (Lei .º 16/89 de 30 de Junho); 3.2. Programas de computador (Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro); 3.3. Bases de dados electrónicas (Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho). 4. Os crimes contra a propriedade industrial: 4.1. Crimes de violação do exclusivo (ou delitos contra a propriedade); 4.2. Delitos criminais sem violação de exclusivo (falsidade promocional, má fé, abuso de direito de marca); 4.3. Aspectos comuns. 5. O crime de concorrência desleal: 5.1. O que é a concorrência? 5.2. O que são as normas e usos honestos do comércio? O que valem os exemplos do catálogo? 5.3. O bem jurídico. 6. A Proposta de Alteração ao Código da Propriedade Industrial: 6.1. O crime “em termos de actividade empresarial”; 6.2. Direitos privativos sobre diversos processos técnicos. 7. Conclusão.

I. Da propriedade intelectual em geral

1. Introdução

O direito industrial é tradicionalmente separado dos direitos de autor, como se estes últimos não se destinassem a proteger, de igual modo, interesses das empresas mercantis, ou como se no direito industrial não houvesse autoria digna de protecção. Todavia, uma perspectiva “moderna” destes direitos tende a considerá-los como dois ramos cujo tronco comum é a propriedade intelectual. Vale isto por dizer que o dualismo de oitocentos, consagrado na dicotomia Convenção de Paris (direito industrial) / Convenção de Berna (direitos de autor) expressa nas legislações nacionais através de dois Códigos autónomos, encontra-se em vias de superação. Neste sentido aponta o alargamento dos objectos protegidos pelos direitos de autor, em especial no domínio das criações informáticas (por ex., programas de computador), e o enxerto da figura dos direitos conexos na sistemática dos direitos de autor.¹

* *Revista da ABPI* (Associação Brasileira da Propriedade Intelectual), 56, 2002, pp. 15-34.

¹ Vide a nossa dissertação *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, STVDIA IVRIDICA 55, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, § 14. Esta

Com efeito, uma certa “lógica empresarial” informa já o direito de autor contemporâneo, pois que o valor de mercado das obras literárias e artísticas tende a conformar, em primeira linha, os regimes jurídico-legais. Trata-se, aliás, de uma tendência muito acentuada neste tempo de mundialização da propriedade intelectual, ora com as diversas directivas comunitárias sobre propriedade intelectual², ora especialmente com o chamado Acordo TRIPs (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, 1994)³ e que, no fundo, compreende os direitos de autor como valores de exploração mercantil das empresas da comunicação e da informação.

Por outro lado, o direito industrial afirmou-se, fundamentalmente, com a Revolução Industrial no século XIX. A indústria e o comércio sentiram necessidade de regras que protegessem os seus interesses, em especial no que respeita aos instrumentos de concorrência mercantil. As revoluções liberais trouxeram a liberdade de exercício de comércio e de indústria num mercado cujo motor seria a livre concorrência; trouxeram também os códigos das corporações mercantis surgidas nas cidades-estado do fim da Idade Média e o espírito inventivo do Renascimento.

Esta circunstância suscitou uma dificuldade na caracterização unitária do direito industrial e da concorrência. Com efeito, este último é tradicionalmente entendido como

compreensão integrante dos direitos de propriedade intelectual preside à nossa compilação da *Propriedade Intelectual: I - Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Jurisprudência, Legislação Complementar, Direito Comunitário e Internacional)*, Coimbra, Quarteto, 2001; *II - Código da Propriedade Industrial (Jurisprudência, Legislação Complementar, Direito Comunitário e Internacional)*, Coimbra, Quarteto (em vias de publicação).

² No domínio do *direito de autor e direitos conexos*, vide: Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica de programas de computador (JO L 122, 17.05.1991); Resolução do Conselho, de 14 de Maio de 1992, relativa ao reforço da protecção dos direitos de autor e direitos conexos (JO C 138, 28.5.1992); Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer e ao direito de comodato e a certos direitos relacionados com o direito de autor no domínio da propriedade intelectual (JO L 346, 27.11.1992); Directiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de certas regras respeitantes ao direito de autor e aos direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo (JO L 248, 6.10.1993); Directiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, que harmoniza a duração da protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (JO L 290, 24.11.1993); Directiva 96/9/CE do Parlamento e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados (JO L 077, 27.03.1996); Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação (JO L 167, 22.6.2001).

No âmbito específico da propriedade industrial (patentes, modelos, desenhos, marcas *et al.*), vide, nomeadamente: Primeira Directiva n.º 89/104/CEE, do Conselho, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO L 040, 11.02.1989); Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 29 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO L 011, 14.01.1994); Regulamento (CE) n.º 2868/95 da Comissão, de 13 de Dezembro de 1995, relativo à execução do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, sobre a marca comunitária; Regulamento (CE) n.º 2100/94 do Conselho, de 27 de Julho de 1994, relativo ao regime comunitário de protecção de variedades vegetais (JO L 227, 01.09.94), seguido de vários Regulamentos relativos à sua execução; Regulamento (CE) n.º 1610/96 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 1996, relativo à criação de um certificado complementar de protecção para os produtos fitofarmacêuticos (JO L 198, 8.8.1996); Directiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 1998 relativa à protecção legal dos modelos e desenhos; Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas (JO L 213, 30.7.1998).

³ Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPs/ADPIC), de 15 de Abril de 1994.

instrumento de defesa da liberdade de concorrência. Nesse sentido, o direito intervém a limitar a liberdade contratual das partes proibindo, nomeadamente, acordos, práticas concertadas e decisões de associações, bem como situações de abuso de posição dominante e de dependência económica⁴.

Ao mesmo tempo, o direito industrial vai gerar impedimentos à livre concorrência por via da atribuição de direitos privativos - ou exclusivos temporários de exploração económica - sobre determinados entes intangíveis, sejam criações do engenho humano (como as invenções, os modelos de utilidades e os desenhos industriais, etc.), sejam sinais distintivos (como as marcas, os nomes e insígnias de estabelecimentos, as indicações de proveniência ou denominações de origem, etc.). Além disso, o direito industrial surgiu desde o início como forma de disciplinar a concorrência no que respeita à lealdade dos concorrentes, através da proibição dos actos de concorrência desleal por contrariedade aos usos honestos (por exemplo, actos de depreciação, parasitismo, confusão, apropriação de segredos). Assim dispõe o art. 1.º, *in fine*, da Convenção da União de Paris de 20 de Março de 1883.

Vamos tratar da tutela penal ao nível dos direitos de propriedade intelectual, deixando de parte as questões relativas à defesa da liberdade de concorrência. Só por si a tutela penal do direito de autor, da propriedade industrial e da concorrência desleal suscita muitas questões, às quais se procurará aludir. Antes de entrar nelas faz-se uma breve descrição do corpo normativo da propriedade intelectual.⁵

2. Enquadramento sistemático da propriedade intelectual

A propriedade intelectual é prevista no Código Civil, integrando os “direitos de autor e a “propriedade industrial”⁶. Trata-se de um género nominativo de duas espécies de direitos

⁴ Cfr., no direito interno português, os arts. 2.º a 4.º do novo regime da concorrência aprovado pelo Decreto Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 4/94, de 31 de Janeiro; veja-se também, por exemplo, o regime das práticas restritivas do comércio, como a aplicação de preços ou de condições de venda discriminatórios, instituído pelo Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio

⁵ Para mais desenvolvimentos *vide*, especialmente, Ferrer Correia, *Direito comercial*, 1971; Orlando de Carvalho, *Direito das coisas: das coisas em geral*, 1977; 1990; Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, 1988; Idem, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1992. Para o direito comparado *vide*, nomeadamente, Troller, *Immaterialgüterrecht*, 1983-5; Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 1996; Hubmann/Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 1998; Bonet, *Code de la Propriété Intellectuelle*, 1997; Chavanne/Burst, *Droit de la propriété industrielle*, 1993; Rava, *Diritto industriale*, 1988; Sena, *I diritti sulle invenzione*, 1990; Bocchini, *Lezioni*, 1995; Cornish, *Intellectual Property*, 1996; Bainbridge, *Intellectual Property*, 1996.

⁶ Art. 48.º: “Propriedade intelectual / 1. Os direitos de autor são regulados pela lei do lugar da primeira publicação da obra e, não estando esta publicada, pela lei pessoal do autor, sem prejuízo do disposto em legislação especial. / 2. A propriedade industrial é regulada pela lei do país da sua criação.”

Art. 1303.º: “Propriedade intelectual / 1. Os direitos de autor e a propriedade industrial estão sujeitos a legislação especial. / 2. São, todavia, subsidiariamente aplicáveis aos direitos de autor e à propriedade industrial as disposições deste código, quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido.”

previstos no quadro das disposições gerais sobre a propriedade, embora “sujeitos a legislação especial”.⁷

Aquando da adopção do Código Civil, esta “legislação especial” estava vertida em dois diplomas: o Código do Direito de Autor, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46 980, de 27 de Abril de 1966⁸, e o Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 30 679, de 24 de Agosto de 1940. Consagrava-se, portanto, o dualismo tradicional de oitocentos, instituído, a nível internacional, pela Convenção de Paris para a Propriedade Industrial, de 20 de Março de 1883 (CUP)⁹, e pela Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de Setembro de 1886.

Porém, com o Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, o nosso legislador englobou estes dois institutos na figura da propriedade intelectual, no ano anterior à Convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), assinada em Estocolmo, em 14 de Julho de 1967, e ratificada pelo Estado Português através do Decreto-Lei n.º 9/75, de 14 de Janeiro.

Actualmente, a “legislação especial” a que estão sujeitos os “direitos de autor” e a propriedade industrial é, no essencial, composta, por dois novos Códigos e diplomas a eles indexados. Por um lado, o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDA)¹⁰, 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, ainda, recentemente, pelos Decretos-Lei n.º 332/97, n.º 333/97 e n.º 334/97, de 27 de

⁷ Cfr. o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., § 14.

⁸ No preâmbulo deste diploma a propriedade intelectual é referida, ainda que em sentido estrito, para designar o direito de autor (“A importante matéria do direito de autor, a que também correntemente se chama *propriedade intelectual*, está ainda hoje regulamentada, fundamentalmente, no Decreto n.º 13 725, de 3 de Junho de 1927.” — *itálico nosso*).

⁹ A Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial de 20 de Março de 1883 foi revista em Bruxelas a 14 de Dezembro de 1900, em Washington a 2 de Junho de 1911, em Haia a 6 de Novembro de 1925, em Londres a 2 de Junho de 1934, em Lisboa a 31 de Outubro de 1958 e em Estocolmo a 14 de Julho de 1967. Nos termos do art. 1.º, 2, CUP: “A protecção da propriedade industrial tem por objecto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.”

¹⁰ Este Código recebe na ordem interna normas constantes de diversas convenções internacionais sobre direito de autor, destacando-se a Convenção de Berna, da qual Portugal é parte, tendo aderido, ultimamente, ao Acto de Paris de 1971. A Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, da qual eram parte 130 Estados em Janeiro de 1998, data de 9 de Setembro de 1886, tendo sido completada em 4 de Maio de 1896 (Paris), revista em 13 de Novembro de 1908 (Berlim), completada em 20 de Março de 1914 (Berna) e revista em 2 de Junho de 1928 (Roma), em 26 de Junho de 1948 (Bruxelas), em 14 de Julho de 1967 (Estocolmo) e em 24 de Julho de 1971 (Acto de Paris), tendo sido modificada em 1979. Portugal aderiu à Convenção de Berna na versão do Acto de Berlim de 1908 pelo Decreto com força de lei de 18 de Março de 1911, tendo aderido, posteriormente, ao Acto de Roma de 1928 pelo Decreto-Lei n.º 27 670, de 26 de Abril de 1937, ratificado o Acto de Bruxelas de 1948 através do Decreto-Lei n.º 38.304, de 16 de Junho de 1951, e, por último, aderiu ao Acto de Paris pelo Decreto-Lei n.º 73/78, de 26 de Julho. Portugal ratificou, ainda, por um lado, a Convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) assinada em Estocolmo em 14 de Julho de 1967, pelo Decreto n.º 9/75, de 14 de Janeiro, e, por outro lado, a Convenção Universal sobre Direito de Autor, assinada em Genebra em 6 de Setembro de 1952, tendo aderido ao Acto de Paris que a reviu em 24 de Julho de 1971 através do Decreto-Lei n.º 140-A/79, de 26 de Dezembro.

Novembro,¹¹ no uso da autorização legislativa concedida pelas alíneas a) a c) da Lei n.º 99/97, de 3 de Setembro, que transpõem para a ordem jurídica interna, respectivamente, a Directiva Aluguer e Comodato, a Directiva Satélite e Cabo e a Directiva Duração; relativamente ao regime jurídico de protecção dos programas de computador, encontra-se indexado ao Código num diploma especial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva Programas de Computador; o mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as bases de dados, cujo regime jurídico especial foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho.

Por outro lado, o Código da Propriedade Industrial (CPI), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro¹², do qual se aproxima o regime de protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores, aprovado pela Lei n.º 16/89, de 30 de Junho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva Topografias de Semicondutores.¹³

3. Direito de autor e direitos conexos

O direito de autor é uma forma de propriedade intelectual destinada a proteger, em exclusividade, obras literárias e artísticas geradas por pessoas humanas no exercício da liberdade de criação cultural.

Primeiro, o direito de autor protege formas originais de expressão literária ou artística, qualquer que seja o seu mérito ou finalidade. Não carece de registo, depósito ou quaisquer outras formalidades, constituindo-se pelo simples facto da criação da obra (cfr. arts. 1.º e 2.º CDA).

Segundo, o direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, isto é, em nosso entender, à pessoa humana que realizou o esforço de criação (cfr. arts. 11.º *et seq.* CDA).

¹¹ Porém, estes últimos diplomas contêm regras específicas, integrando, nessa medida, a categoria dos diplomas especiais avulsos ou indexados ao Código, como sejam, *inter alia*: Decreto n.º 4114, de 17 de Abril de 1918 (registo da propriedade literária); Decretos-Lei n.º 42660 e 42661, de 20 de Novembro de 1959 (superintendência das empresas exploradoras de espectáculos ou divertimentos públicos e actividade das empresas distribuidoras de filmes); Decreto-Lei n.º 74/82, de 3 de Março (depósito legal); Decreto-Lei n.º 150/82, de 29 de Abril (defesa da integridade e genuidade das obras intelectuais caídas no domínio público pelo Ministério da Cultura); Decreto-Lei n.º 456/85, de 29 de Outubro (registo das empresas importadoras e distribuidoras de fonogramas); Decreto-Lei n.º 39/88, de 6 de Fevereiro ("pirataria" de videogramas); Decreto-Lei n.º 317/88, de 8 de Setembro (art. 3.º-3: responsabilidade da entidade utilizadora de uma estação terrena de recepção de sinais televisivos para uso privativo transmitidos através de satélites "pelo cumprimento das obrigações decorrentes de eventuais direitos de autor relativos aos programas recebidos"); Decreto-Lei n.º 227/89, de 8 de Julho ("pirataria" de fonogramas); Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.º 74/93, de 10 de Março, n.º 6/95, de 17 de Janeiro, e n.º 275/98, de 9 de Setembro (Código da Publicidade, art. 29.º: "regras" sobre a titularidade do direito de autor sobre criações publicitárias); Decreto-Lei n.º 241/97 de 18 de Setembro (actividade de operador de distribuição por cabo); Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto (Lei da criminalidade informática); Decreto-Lei n.º 57/97, de 18 de Março (Gabinete do direito de Autor); Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro (regula a compensação devida pela reprodução ou gravação de obras no ambiente analógico).

¹² Sobre os trabalhos preparatórios deste Código *vide* José de Oliveira Ascensão, *O Projecto de Código da Propriedade Industrial: Patentes, Modelos de Utilidade e Modelos e Desenhos Industriais*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXVIII, 1, Coimbra Editora, 1997, pp. 133 ss.

¹³ Directiva n.º 87/54/CEE do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores.

Poderá tratar-se de obra em co-autoria, no caso de a mesma forma original de expressão ser devida a duas ou mais pessoas (por ex., livro em co-autoria). Mas poderá ser também uma conexão de obras, quando duas ou mais formas de expressão criativa se combinam (por ex., a música e a letra da canção). Ainda uma terceira possibilidade é a obra compósita, em que a obra pré-existente de terceiro é objecto de incorporação (por ex., enciclopédia em CD-ROM com roteiro artístico-cultural de Coimbra utilizando fotografias pré-existentes de terceiros). Além disso, o direito de autor pertence originariamente ao criador intelectual, embora possa ser legal ou contratualmente cedido a outrem. Ou seja, uma coisa é o autor, outra coisa é o titular de direitos.

Terceiro, o direito de autor tem com conteúdo misto, pessoal e patrimonial (art. 9.º CDA). O primeiro é indisponível e irrenunciável e destina-se a proteger a honra e reputação do autor enquanto criador literário ou artístico. Nessa medida, confere-lhe, *inter alia*, o direito de reivindicar a paternidade e o direito de se opor a actos de deturpação, modificação ou destruição da obra (art. 56.º *et seq.* CDA). O direito patrimonial é disponível, abrangendo o exclusivo de todas as formas possíveis, actuais ou futuras, de utilização da obra (art. 40.º *et seq.* CDA). Cada utilização da obra é independente das demais e o direito de exclusivo projecta-se na conformação de cada utilização concreta (arts. 67.º e 68.º CDA).

O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos regula diversos tipos de utilização da obra, nomeadamente, a edição, a representação cénica e a recitação, a produção audiovisual e fonográfica, a radiodifusão (cfr. arts. 68.º e 83.º *et seq.* CDA). Porém, os modos típicos de utilização das obras na Internet não estão expressamente contemplados nos regimes típicos de utilização¹⁴. O critério delimitador do exclusivo do autor é tradicionalmente a destinação pública do acto. Assim, a reprodução, a comunicação, a transformação ou a distribuição, quando feitas exclusivamente na esfera privada e sem contrapartidas lucrativas, eram actos excluídos do direito de autor. O gozo que se proporcionasse das obras nessas circunstâncias escaparia ao controlo do exclusivo. Por outras palavras, o direito de autor não franqueia as portas privadas da intimidade pessoal. Porém, estas noções clássicas estão em mutação por causa do ambiente digital em rede

¹⁴ Em ordem a adaptar os direitos de autor ao ambiente digital das redes informáticas foram adoptados a nível internacional os Tratados da OMPI sobre direito de autor e certos direitos conexos (Genebra, Dezembro de 1996). Recentemente, a nível europeu, foi adoptada a Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação (JO L 167, 22.6.2001), definindo, *inter alia*, o âmbito dos direitos de reprodução, comunicação ao público e distribuição e prevendo a tutela jurídica dos sistemas técnicos de protecção e identificação.

interactiva que constitui o paradigma tecnológico da Internet, parecendo afirmar-se o princípio de que “quem está em linha está público”¹⁵.

Quarto, o direito de autor tem limites. A sua conciliação com outros valores do sistema limita-o em vários aspectos. Por um lado, a questão da privacidade do utilizador, como vimos. Por outro, fins de interesse social. É a chamada utilização livre para fins de informação, educação, crítica, investigação, arquivo, bibliotecas, centros de documentação. Estes fins justificam que outros que não o titular do direito exclusivo possam praticar determinados actos de utilização da obra. São fins de interesse geral, como a promoção da ciência e da educação, da circulação da informação, da preservação da memória histórica nos arquivos, etc (arts 75.º *et seq.* CDA). Além disso, o direito de autor tem limites temporais e territoriais. Estes últimos já não são tão significativos, em virtude das Convenções Internacionais (veja-se, em especial, os mínimos de protecção e o princípio do tratamento nacional consagrados na magna carta do direito de autor, a Convenção de Berna). Os primeiros são actualmente regidos pelo princípio dos 70 anos *post mortem auctoris* (arts. 31.º *et seq.* CDA)¹⁶.

Para terminar, o direito de autor *proprio sensu* distingue-se dos chamados direitos conexos (cfr. Título III, arts. 176.º *et seq.* CDA) . Trata-se de formas de protecção configuradas em termos semelhantes, à excepção da dimensão pessoal que vale só para os artistas intérpretes ou executantes. Os outros titulares de direitos conexos, como por exemplo os produtores de fonogramas e filmes e os organismos de radiodifusão, beneficiam de protecção especial, em termos de lhes ser atribuído um exclusivo de exploração económica em relação às suas prestações empresariais (por ex., fixação de fonograma).

Para adaptar este instituto jurídico tradicional ao novo paradigma tecnológico da Internet foram adoptados em Genebra os novos Tratados da OMPI (Dezembro de 1996). Na sequência destes tratados, o Brasil adoptou a nova lei sobre direito autoral (Fevereiro de 1998), que consagra já, em termos generalizados, as medidas de carácter tecnológico, surgindo como uma lei relativamente pioneira dos direitos de autor na Internet. A nível comunitário foi apresentada uma proposta de directiva sobre direito de autor e direitos

¹⁵ Vide o nosso *Internet, Direito de Autor e Acesso Reservado, in As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra 1999, p. 272.

¹⁶ Sobre o novo regime de duração pode ver-se o nosso *O Tempo e o Direito de Autor: Análise da transposição para a ordem jurídica interna portuguesa da Directiva n.º 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos*, in *Temas de Propriedade Intelectual*, I, APEPI, 1999, pp. 75 *et seq.*

conexos na Sociedade da Informação (Dezembro de 1997), que foi, depois de diversas alterações, recentemente adoptada¹⁷.

O princípio é reforçar a protecção dos interesses dos titulares de direitos. A linha traçada está em conformidade com as directivas anteriormente adoptadas para a protecção jurídica dos programas de computador (91/250/CEE) e, sobretudo, das bases de dados (96/9/CE). Ao mesmo tempo, foi contemplado na Directiva sobre o comércio electrónico¹⁸ um regime de isenção para os prestadores de serviços da sociedade da informação relativamente a diversas categorias de actos de reprodução que praticam no exercício das suas actividades, como sejam os actos de simples transporte (*"mere conduit"*), armazenagem temporária (*"system caching"*), armazenagem em servidor (*"hosting"*) - embora tenha deixado em aberto a problemática dos *links* e dos *browsers*.¹⁹

Por outro lado, o reforço da protecção dos interesses dos titulares de direitos faz-se através da tutela jurídica das medidas tecnológicas de protecção e identificação (*"envelopes criptográficos"*), registando-se no direito comparado uma intervenção forte da punição criminal. Com efeito, a lei estadunidense dos direitos de autor no milénio digital (DMCA)²⁰, implementando os novos Tratados da OMPI, consagrou o chamado "direito de acesso". Este novo direito do "copyright" relaciona-se directamente com a protecção técnica das obras: para ter acesso à obra é necessário descodificá-la, e para a descodificar é necessário ter a palavra-chave; para ter a palavra-chave o titular de direitos poderá exigir uma remuneração ou pelo menos limitar o círculo de pessoas que podem utilizar a chave para ter acesso à obra. Em vista disto, a DMCA segue a seguinte via: 1.º o direito de reprodução admitia excepções, sobretudo a chamada "utilização leal" (*fair use*); 2.º essas excepções seriam dificilmente coadunáveis no ambiente digital, em que, como vimos, cada

¹⁷ Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação (JO L 167, 22.6.2001).

¹⁸ Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (*"Directiva sobre comércio electrónico"*); veja-se também no direito comparado a secção relativa à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha da *U.S. Digital Millennium Copyright Act of 1998*.

¹⁹ Na análise dos tipos legais de crime em matéria de direitos de autor veremos que segundo uma interpretação ampla do conceito de reprodução, os prestadores de serviços da Internet praticariam invariavelmente crimes de usurpação. Este é um exemplo que nos leva a sustentar que, para efeitos de punição criminal, o Código não abrange na sua regulamentação típica as especificidades da informática e, especialmente, das redes electrónicas como a internet. Será de esperar que o faça em vista dos desenvolvimentos no direito comunitário, em especial as directivas sobre comércio electrónico e sobre direitos de autor na sociedade da informação, dois pilares fundamentais da construção jurídica do comércio electrónico e da sociedade da informação. Sobre isto, com mais indicações, pode ver-se, nomeadamente, os nossos *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999 (pesquisar nota de actualização em: www.almedina.net); *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, Lisboa, 1999, pp. 915 et seq. (em especial a Parte III sobre comunicações electrónicas); *A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, II, 2000, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Centro de Direito do Consumo, pp. 43 et seq. (com análise da «Directiva sobre comércio electrónico»).

²⁰ "The Digital Millennium Copyright Act", Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

cópia permite fazer milhões de cópias sem perdas de qualidade; 3.º então criou-se uma nova figura, que é o direito de acesso, cujas excepções são todas elas criadas de raiz em moldes diferentes às excepções do direito de reprodução. Assim, a DMCA proíbe a neutralização (“contornamento”) de medidas tecnológicas que impedem o acesso às obras, para além de proibir as actividades de produção, distribuição e comercialização de dispositivos de neutralização, incluindo a prestação de serviços. Deste modo, o próprio acto de neutralização é objecto de proibição em certas circunstâncias, distinguindo-se duas situações: 1.ª se essa neutralização consistir em remover, suprimir, eliminar ou dissimular uma medida tecnológica que impede a reprodução da obra — entendido o termo reprodução em sentido amplo, abrangendo outras formas de exploração como, por exemplo, a comunicação ao público —, nestas circunstâncias o acto de neutralização não é proibido, em virtude de a reprodução poder ser legalmente autorizada, nomeadamente através da cláusula de *fair use*; 2.º se essa neutralização eliminar, suprimir, neutralizar ou dissimular um dispositivo que impede o acesso às obras, então o acto de neutralização já é proibido — nestas circunstâncias, o princípio será o inverso, uma vez que os actos tradicionalmente autorizados destinam-se a operações de reprodução e não de acesso. Em suma, nos termos da nova lei estadunidense, parece que os actos de acesso passam a integrar o exclusivo do direito de autor, sem estarem sujeitos porém às excepções moldadas em torno da categoria reprodução, em especial o princípio de *fair use*. O controlo do acesso passa a ser reservado ao titular de direitos, passando a constituir qualquer acesso não autorizado por meios de contornamento de “tecnologias seguras”, em princípio, um acto proibido e sujeito às sanções previstas nesta lei, incluindo a punição criminal (pena de multa até 500 mil dólares ou 5 anos de prisão, que sobe para o dobro em caso de reincidência).²¹

4. Propriedade industrial: patentes, modelos, marcas e afins

A propriedade industrial não premeia a originalidade da forma de expressão literária e artística. Premeia antes, nomeadamente, a novidade das invenções e afins e a capacidade distintiva das marcas e demais sinais distintivos.

Para começar, a *capacidade distintiva* é um requisito de protecção de sinais distintivos do “comércio”²², *maxime* das marcas de produtos ou serviços de empresas, da insígnia de estabelecimento e dos logotipos (arts. 165.º, 230.º, 1, e 246.º CPI). Porém, relativamente à marca, é expressamente prevista a possibilidade de “ser constituída por frases

²¹ Sobre a DMCA vide, com mais indicações, o nosso *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, LXXV, Coimbra, 1999*, pp. 475 et seq.

²² Em bom rigor, estes sinais distintivos não são privativos do comércio. Cfr. J.M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 317.

publicitárias para produtos ou serviços a que respeitem, independentemente do direito de autor, desde que possuam carácter distintivo”²³. Isto significa que o conjunto de signos que constitui a marca poderá ser protegido, ao mesmo tempo, pelo direito de autor e pela propriedade industrial, na medida em que seja provido, simultaneamente, de originalidade e de capacidade distintiva, o mesmo valendo para os títulos²⁴. Trata-se, porém, de requisitos de natureza diferente, podendo existir originalidade sem capacidade distintiva, nomeadamente, por indução do consumidor em erro, e *vice versa*, por exemplo, nas marcas patronímicas (embora a hipótese de utilização de pseudónimo já se afigure mais problemática). Acresce que no âmbito de tutela do direito de autor este conjunto de signos não é protegido pela sua função distintiva de produtos ou serviços. Não obstante — *et pour cause* —, a aproximação da protecção do título a categorias típicas da propriedade industrial permite concluir que se trata de um regime informado por interesses de concorrência mercantil, enxertando aparentemente no direito de autor a protecção de um conteúdo funcional: a função distintiva do título.²⁵

²³ Art. 165.º, 2, CPI (aliás, se a marca for constituída, “em todos ou alguns dos seus elementos”, por “sinais que constituam infracção de direitos de autor ou de propriedade industrial”, tal constituirá fundamento de recusa do seu registo” – cfr. art. 189.º, 1-h, CPI).

²⁴ Neste sentido, José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 604. Nas zonas de fronteira e de distinção entre o direito de autor e outros regimes de propriedade intelectual a protecção da obra é extensiva ao título, sendo que a originalidade constitui, também, requisito de tutela do título da obra, beneficiando este da protecção atribuída à obra se for original (v. Ac. RL, 13.7.95, *Colectânea de Jurisprudência*, XX, IV, p. 87). Porém, exige-se, ainda, como requisito de protecção que o título tenha capacidade distintiva, isto é, que “não possa confundir-se com o título de qualquer outra obra do mesmo género de outro autor anteriormente divulgada ou publicada” (art. 4.º, 1, CDA), delimitando o género da obra, em princípio, o “sector merceológico” no âmbito do qual é aferida a capacidade distintiva do título (*vide* Ac. STJ, 5.12.90, BMJ n.º 402 (1991), p. 567). Para além disto, as regras da concorrência desleal poderão aplicar-se (art. 260.º CPI) se a utilização do mesmo título em obras de género diferente puder induzir o público em erro quanto à sua origem. Acresce que a capacidade distintiva - ou, pela negativa, a não confundibilidade -, é, também, requisito da protecção do nome literário ou artístico, ou seja, do sinal identificativo do autor, uma vez que pode ser constituído, por exemplo, por pseudónimo (art. 28.º CDA). Com efeito, a sua utilização não é permitida na medida em que seja “susceptível de ser confundido com outro anteriormente usado em obra divulgada, ainda que de diverso género, nem com nome de personagem célebre da história das letras, das artes e das ciências” (art. 20.º, 1, CDA). Esta protecção, cujo âmbito não é confinado a “sector merceológico” limitado pelo género de obras, traduz-se, *inter alia*, no direito que ao titular desse nome assiste de pedir a cessação do seu uso ilegítimo por terceiros e indemnização por perdas e danos (art. 29.º, 4, e 210.º, CDA). De volta às regras de protecção do título da obra, cumpre referir que esta será negada quando, por exemplo, o título consista em designação necessária ou usual do tema ou objecto de obras de certo género (art. 4.º, 2-a, CDA). Em termos idênticos, a capacidade distintiva da marca será excluída quando se trate de sinais, por exemplo, constituídos exclusivamente pela própria natureza do produto ou que se tenham tornado usuais na linguagem corrente (art. 166.º, 1-a/c) CPI). Vale isto por dizer que o título de obra e a marca de produtos ou serviços apresentam exigências semelhantes no que respeita aos termos da capacidade distintiva. Mas será interessante referir que um título constituído naqueles termos não será protegido por carecer, desde logo, de originalidade, uma vez que nestas situações há uma coincidência, pela negativa, entre originalidade e capacidade distintiva. De referir, ainda, que, depende de registo a protecção do título, no caso de obra não divulgada ou publicada (arts. 4.º, 3, e 214.º CDA). Trata-se, portanto, de uma excepção à regra segundo a qual o “direito de autor é reconhecido independentemente de registo, depósito ou qualquer outra formalidade” (art. 12.º CDA) ou, noutros termos, o “direito de autor e os direitos deste derivados adquirem-se independentemente de registo” (art. 213.º CDA). Em sede de nome literário ou artístico (art. 216.º CDA), o seu registo tem efeitos meramente declarativos, na medida em que só produz o efeito da mera publicação do seu uso (2.), embora só seja registável em favor do criador de obra anteriormente registada (1.).

²⁵ No sentido de que o direito ao título se deverá qualificar como um direito conexo, à semelhança do que faz a lei alemã, J. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, *cit.*, p. 603. Quanto às regras de protecção do nome literário ou artístico, ou seja, do sinal identificativo do autor, entendemos, porém, que integram o direito de

Por outro lado, para além da capacidade distintiva, o requisito da originalidade distingue-se, ainda, da *novidade* exigida para a protecção de certos objectos da propriedade industrial: as invenções, os modelos de utilidade e os modelos e desenhos industriais (arts. 47.º, 122.º e 139.º CPI). Com efeito, as invenções poderão constituir objecto do direito de patente se forem novas, implicarem actividade inventiva e forem susceptíveis de aplicação industrial (art. 47.º, 1, CPI). Assim, a patenteabilidade — excluída, por exemplo, em relação aos métodos matemáticos, às criações estéticas e aos programas de computador, enquanto tais (art. 48.º, 1-a/c/d, *in fine*, CPI), mas já não em relação aos processos e métodos operacionais “enquanto tais”²⁶ —, depende de determinados critérios, cujo sentido é definido, em termos minuciosos, no texto da lei. Com efeito, ao contrário do Código do Direito de Autor, que não vaza numa norma a noção de originalidade, o CPI dispõe, desde logo, que a novidade da invenção é aferida em função do “estado da técnica” (art. 50.º, 1), o qual “é constituído por tudo o que, dentro ou fora do País, foi tornado acessível ao público antes da data do pedido de patente, por descrição, utilização ou qualquer outro meio, de modo a poder ser conhecido e explorado por peritos na especialidade” e, ainda, pelo “conteúdo dos pedidos de patentes e modelos de utilidade requeridos para serem válidos em Portugal em data anterior à referida neste artigo e ainda não publicados” (art. 51.º, 1 e 2, CPI). Esta definição do estado da técnica releva, ainda, em sede do critério de actividade inventiva, na medida em que é disposto que uma invenção implicá-la-á “se, para um perito na especialidade, não resultar de uma maneira evidente do estado da técnica” (art. 50.º, 2, CPI). Ademais, a susceptibilidade de aplicação industrial da invenção é aferida pela possibilidade de o seu objecto “ser fabricado ou utilizado em qualquer género de indústria ou na agricultura” (art. 50.º, 3, CPI).

Estes critérios são aplicáveis, *mutatis mutandis*, aos modelos de utilidade (art. 126.º CPI). Por seu turno, a novidade é, ainda, requisito de tutela dos objectos que podem ser protegidos como modelos e desenhos industriais. Não obstante, o requisito da novidade apresenta certas especialidades de regime. Assim, por exemplo, os modelos consistem em “moldes, formas, padrões, relevos, matrizes e demais objectos que sirvam de tipo na fabricação de um produto industrial, definindo-lhe a forma, as dimensões, a estrutura ou a ornamentação”, sendo apenas protegida a sua “forma sob o ponto de vista geométrico ou ornamental” (art. 139.º, 1 e 2, CPI). Nessa medida, serão protegidos, tal como os desenhos,

personalidade do autor (neste sentido, Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, 1994, p. 544; contra, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, *cit.*, p. 110, embora defenda que se trata de um regime de direitos de personalidade, não o integra no direito de autor, uma vez que o separa daqueles).

²⁶ Sobre a patenteabilidade dos programas de computador *vide* o nosso *Patentes de Software*, in *Direito Industrial*, Vol. 1, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 385 *et seq.*, com mais indicações.

se forem novos, isto é, nomeadamente, se antes do pedido do respectivo registo, ainda não tiver sido divulgado dentro ou fora do País, de modo a poder ser conhecido e explorado por peritos da especialidade (arts. 141.º e 144.º, 1, CPI). Porém, mesmo que não sejam inteiramente novos, poderão ainda ser protegidos se realizarem combinações novas de elementos conhecidos, ou disposições diferentes de elementos já usados, em termos de darem aos respectivos objectos aspecto geral distinto (art. 141.º CPI).²⁷

Mas, poderá haver cúmulo de protecções? E, podendo-o, o titular dos direitos poderá socorrer-se de ambos os regimes? Numa certa orientação, a resposta deverá ser positiva à primeira questão e negativa à segunda.²⁸

Um caso interessante previsto na lei é o das reproduções de obras de arte (como as obras de escultura, de arquitectura e pintura, as gravuras, esmaltes, bordados, fotografias e quaisquer desenhos com carácter puramente artístico) feitas com fim industrial por quaisquer processos que permitam a sua fácil multiplicação, de modo a perderem a individualidade característica de obras de arte (art. 142.º CPI), uma vez que estas reproduções parecem poder ser equiparadas, para efeitos de protecção pela propriedade industrial, aos modelos e desenhos industriais. Neste caso, parece apontar-se para um regime dualista: por um lado, as obras de arte, isto é, as obras de escultura, de arquitectura e pintura, as gravuras, esmaltes, bordados, fotografias e quaisquer desenhos com carácter puramente artístico serão protegidas pelo direito de autor; por outro lado, já serão protegidas pela propriedade industrial as reproduções dessas obras feitas com fim industrial por quaisquer processos que permitam a sua fácil multiplicação de modo a

²⁷ Esta forma especial de novidade corresponde, de algum modo, a um requisito previsto no regime especial de protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores (TPS). Trata-se estas de uma tecnologia electrónica de natureza complexa, como resulta das definições legais. Uma topografia de produto semiconductor consiste num "conjunto de imagens relacionadas, quer fixas, quer codificadas, que representem a disposição tridimensional das camadas de que o produto se compõe, em que cada imagem possua a disposição ou parte da disposição de uma superfície do mesmo produto, em qualquer fase do seu fabrico" (art. 2.º, 2, TPS). Por seu turno, esta definição de topografia remete para a noção de produto semiconductor (art. 2.º, 1, TPS), nos termos da qual trata-se da forma final ou intermédia de qualquer produto que consista num corpo material que inclua uma camada de material semiconductor (1), possua uma ou mais camadas compostas de material condutor, isolante ou semiconductor, estando as camadas dispostas de acordo com um modelo tridimensional predeterminado (2) e seja destinado a desempenhar uma função electrónica, quer exclusivamente, quer em conjunto com outras funções (3). Ora, para que uma topografia de produto semiconductor, assim definida, constitua objecto de protecção ao abrigo deste regime especial é necessário "que resulte do esforço intelectual do seu próprio criador e não seja conhecida na indústria dos semicondutores" (art. 3.º, 2, TPS). Não obstante, mesmo que consista em elementos conhecidos, será ainda, igualmente, protegida, "desde que a combinação desses elementos, no seu conjunto, satisfaça as condições previstas neste artigo" (art. 3.º, 3, TPS). Trata-se, portanto, de um critério especial de novidade semelhante ao prescrito para os modelos e desenhos industriais, atenuado, porém, pelo requisito do "esforço intelectual do seu próprio criador". Referência esta que, não obstante, permite estabelecer o paralelo com a protecção que o direito de autor atribui às compilações, em razão da selecção ou disposição das matérias, e ainda que estas não sejam protegidas (art. 3.º, 1-b, CDA). Acresce, por outro lado, que as obras de artes aplicadas, os modelos ou os desenhos industriais poderão ser protegidos pelo direito de autor, independentemente da protecção pela propriedade industrial (art. 2.º, 1-i), se constituírem criações artísticas em razão da forma original da sua expressão comunicativa.

²⁸ Cfr. J. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., p. 498; Idem, *Direito Industrial*, Lições, Lisboa, 1988, p. 227-9.

perderem a individualidade característica de obras de arte. Embora o ponto seja duvidoso, a diferença está em que, ao que parece, nestas situações as reproduções retiram às obras de arte a sua individualidade, a sua nota de criação artística, convertendo-se em meros “esquemas para a acção” cujo conteúdo funcional é tutelado pela propriedade industrial.²⁹

Um outro aspecto dos direitos de propriedade industrial é o da sua *titularidade*. O direito à patente pertence ao inventor ou seus sucessores por qualquer título e, se forem dois ou mais os autores da invenção, o direito de requerer a patente pertencerá em comum a todos eles (art. 53.º, 1 e 2, CPI; v. também art. 4.º relativo às regras da compropriedade em caso de pluralidade de titulares dos direitos). Porém, o direito à patente feita durante a execução do contrato de trabalho, em que a actividade inventiva esteja prevista e seja especialmente remunerada, pertence à empresa; mesmo que não seja atribuída ao inventor remuneração especial, a empresa terá, nomeadamente, o direito a assumir a propriedade do invento ou a reservar-se o direito à exploração exclusiva ou não exclusiva da invenção, tendo o inventor direito a remuneração equitativa, o qual não pode ser objecto de renúncia antecipada (art. 54.º, 1, 2 e 11, CPI). Acresce que o inventor tem o direito de ser mencionado como tal no requerimento e no título de patente se esta não for pedida em seu nome (art. 55.º, 1, e art. 57.º, 1-c, CPI).

Estas regras correspondem, *mutatis mutandis*, ao disposto em sede do direito aos modelos de utilidade e aos modelos e desenhos industriais, incluindo o direito dos assalariados e o direito específico do autor (art. 124.º e arts. 146.º a 148.º, CPI).

Em termos de *conteúdo* do direito, a patente dá o direito exclusivo de explorar o invento em qualquer parte do território português, bem como, o direito de impedir a terceiros, sem o seu consentimento, o fabrico, a oferta, a armazenagem, a introdução no comércio ou a utilização de um produto objecto de patente, ou a importação ou posse do mesmo para algum dos fins mencionados (art. 96.º, 1 e 2, CPI). O uso privado, sem finalidade comercial, não é abrangido pela tutela conferida pela patente, bem como, assim, *inter alia*, os actos realizados exclusivamente para fins de ensaio ou experimentais (art. 98.º-b CPI), nem os actos relativos aos produtos protegidos por essa patente após a colocação desses produtos na Comunidade pelo titular da patente ou com o seu consentimento expresso (art. 99.º CPI).

Ademais, a exploração da patente é, em certos termos, obrigatória (art. 103.º CPI), sob pena de caducidade (art. 121.º CPI), podendo o Estado expropriá-la, por utilidade pública,

²⁹ Vide o nosso *Merchandising e Propriedade Intelectual: Sobre a exploração mercantil de personagens protegidas pelo direito de autor*, in *Revista de Propriedade Industrial*, n.º 20 (1999/2000), pp. 11 *et seq.*, com mais indicações

mediante pagamento de uma indemnização, se a necessidade de vulgarização do invento ou da sua utilização pelas entidades públicas o exigir, sendo aplicável neste domínio o Código das expropriações (art. 102.º, 2 e 3, CPI). De igual modo, a patente poderá constituir objecto de licenças obrigatórias não exclusivas em caso de falta ou insuficiência de exploração da invenção patenteada, de necessidades de exportação, de dependência de patentes, de existência de motivos de interesse público (arts. 105.º a 109.º CPI), podendo ser requeridas por qualquer pessoa em determinadas circunstâncias (art. 110.º *et seq.* CPI).

Estas regras correspondem ou são aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao regime dos modelos de utilidade e aos modelos e desenhos industriais (arts. 126.º e 133.º, arts. 134.º a 136.º e art. 162.º, CPI) e às topografias de produtos semicondutores (arts. 9.º a 14.º RTPS).

Por seu turno, a *marca* é protegida pela atribuição de um direito de “propriedade e do exclusivo” àquele que a adoptar (art. 167.º, 1, CPI), consistindo no direito de impedir a terceiros, sem o seu consentimento, o uso, na sua actividade económica, de qualquer sinal idêntico ou confundível com essa marca para produtos ou serviços idênticos ou afins àqueles para os quais aquela foi registada, ou que, em consequência da identidade ou semelhança entre os sinais ou da afinidade dos produtos ou serviços, cria, no espírito do consumidor, um risco de confusão que compreenda o risco de associação entre o sinal e a marca (art. 207.º CPI). Porém, esse direito não abrange a faculdade de proibir o uso desta para produtos comercializados na Comunidade sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento, a menos que existam motivos legítimos que justifiquem que o titular se oponha à comercialização posterior dos produtos, nomeadamente sempre que o estado desses produtos seja modificado ou alterado após a sua colocação no mercado (art. 208.º, 1 e 2, CPI).

Por outro lado, o direito caduca, *inter alia*, se a marca: não tiver sido objecto de uso sério durante cinco anos consecutivos, se sofrer alteração que prejudique a sua identidade, se se tiver tornado designação usual do comércio do produto ou do serviço para que foi registada, se se tornar susceptível de induzir o público em erro (art. 216.º, 1 e 2, CPI: alteração superveniente da sua capacidade distintiva). As recompensas, o nome e insígnia, os logótipos e as denominações de origem e indicações geográficas constituem objecto de “direito de propriedade” (art. 219.º; art. 232.º, art. 248.º, art. 249.º, 4, CPI).

A *disponibilidade* dos direitos de propriedade industrial é regulada em termos gerais nos arts. 29.º e 30.º do CPI. Assim, os direitos emergentes de patentes, modelos de utilidade, registos de modelos e desenhos industriais e registos de marcas, incluindo os direitos emergentes dos respectivos pedidos, podem ser objecto de transmissão ou de

concessão de licenças exclusivas, ou não, a título gratuito ou oneroso, total ou parcialmente, por todo o tempo da sua duração ou por prazo inferior, para serem utilizados em toda a parte ou em determinados locais³⁰. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as topografias de produtos semicondutores (arts. 16.º e 17.º RTPS).

Por seu turno, os direitos emergentes do pedido de registo ou do registo de nomes, insígnias, logótipos e recompensas só podem transmitir-se, a título gratuito ou oneroso com o estabelecimento, ou parte do estabelecimento, a que estão ligados; sendo que, se no nome, insígnia ou logótipo figurar nome individual, firma ou denominação social do titular do estabelecimento ou de quem ele represente, é necessária cláusula expressa para a transmissão, mesmo quando essa transmissão seja envolvida, na ausência de declaração expressa em contrário, na transmissão do estabelecimento, transmissão esta que abrangerá, ainda, as recompensas. De notar, ainda, que o trespasse do estabelecimento faz presumir a transmissão do pedido de registo ou da propriedade da marca, salvo estipulação em contrário (art. 211.º, 1, CPI).

Relativamente à *duração*, a patente é de 20 anos (art. 94.º CPI), os modelos de utilidade 15 anos (art. 131.º CPI), os modelos e desenhos industriais 25 anos (art. 160.º CPI), as marcas 10 anos indefinidamente renovável por períodos iguais (art. 205.º CPI), as recompensas por extinção (anulação ou caducidade) do registo das recompensas (art. 226.º e 227.º CPI), o nome, insígnia e logótipos 20 anos, indefinidamente renovável por períodos iguais (arts. 242.º e 248.º, 1, CPI), as denominações de origem e as indicações geográficas têm duração ilimitada (art. 255.º, 1, CPI), e, nas topografias de produtos semicondutores, o prazo é de 10 anos (art. 7.º RTPS).

5. Confronto sistemático

Desta breve análise resultam algumas semelhanças entre o direito de autor (e os direitos conexos) e os direitos de propriedade industrial. Ambos conferem um direito disponível de gozo exclusivo temporário. Todavia, enquanto no direito de autor a protecção é concedida pelo mero facto da criação, na propriedade industrial são exigidas certas formalidades (depósito ou registo). Acresce que o conteúdo pessoal do direito de

³⁰ Sobre a exploração destes direitos no quadros dos acordos de *franchising vide*, desenvolvidamente, o nosso *Da franquia de empresa («franchising»)*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Vol. LXXIII, Coimbra, 1997, pp. 251 *et seq.*, com mais indicações; veja-se também sobre as licenças de distribuição de programas de computador (*franchising de software*) o nosso *Contratos de «Software»*, in António Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade*, Textos de Apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo 1995/1996, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 1996, pp. 84 *et seq.*

autor é muito mais forte do que nos regimes de propriedade industrial, que aqui aparece quase “marginalmente”.

Estas diferenças de regime poderão afastar a existência de princípios comuns entre os dois institutos? Numa certa orientação considera-se que, em sede de natureza jurídica, apesar da terminologia legal, estes também seriam direitos de exclusivo. Com efeito, às teorias do direito de personalidade (v. Gierke, Ascarelli), do direito de clientela (Roubier), do direito de propriedade (art. 1303.º CCiv), dos direitos sobre bens imateriais (Kohler, Tröller) e, ainda, dos “dingliche Rechte” (Hubmann), contrapõe-se a teoria dos direitos de exclusivo ou monopólio (Franceschelli, Picard, Dabin), também sustentada em sede de direito de autor. Estes direitos de monopólio constituiriam uma quarta categoria de direitos subjectivos (além dos direitos de créditos, reais e de personalidade).³¹

É a *vexata quaestio* da natureza jurídica dos direitos de propriedade intelectual³². Embora respeitemos a força dos argumentos em que assenta, não secundamos a tese dos direitos de monopólio (uma nova roupagem para os privilégios régios). Discutimos longamente o assunto na nossa dissertação, dialogando com os principais autores dos vários quadrantes, começando pelo português. Apesar da dignidade intelectual do tema, seria descabido fazê-lo aqui de modo mais desenvolvido. Diremos apenas que, no plano das actuais formas jurídicas, o mundo dos entes intangíveis é passível de apropriação, não sendo por natureza livre (ou inapropriável). Diferente é saber se a relação não será a inversa, isto é, se o homem “predador” não é antes apropriado por esses entes, a que se começa por chamar “ideias”. Podemos dizer que “as ideias não são minhas, eu é que sou delas.” Mas tudo isto já é uma questão muito filosófica, que ultrapassa o âmbito destes subsídios.

II. Da tutela criminal da propriedade intelectual em especial

1. Um olhar de conjunto sobre a punição criminal da pirataria

Nos cânones da actual punição criminal não parece ser irrazoável dizer que é ao legislador que compete eleger os bens jurídicos que são dignos de tutela penal e definir os termos dessa dignidade. O que se extrai pela identificação dos ilícitos criminais legalmente tipificados.

Num primeiro olhar, a visão é “caleidoscópica” (descontado o sabor geometrizar do termo), constatando-se a “fragmentaridade” de primeiro e de segundo graus³³ (e,

³¹ J. Oliveira Ascensão, *Direito Industrial, cit.*, p. 389 s.

³² Sobre esta questão *vide*, desenvolvidamente, o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital, cit.*, § 12 e *passim*.

³³ *Vide* J. Faria Costa, *O perigo em direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990.

porventura, ainda de terceiro e de quarto). Nem tudo é punido, e nem tudo o que é punido o é do mesmo modo. Além disso, as exigências da dogmática criminal impõem cautelas na interpretação de certos tipos criminais em virtude da porosidade dos seus termos. Finalmente, só interpretando a constituição em termos materialmente amplos (quase em termos reflexivos, se isso não fosse atentar contra a hierarquia das fontes) se pode concluir que os bens da propriedade intelectual a que o legislador ordinário confere dignidade jurídico-criminal são todos eles bens jurídico-constitucionais. Sumariamente:

Primeiro, nem todos os direitos de propriedade intelectual gozam da tutela penal, mas a generalidade dos direitos de propriedade intelectual beneficia dela. Os direitos sobre obras literárias e artísticas, prestações conexas, programas de computador, bases de dados criativas, patentes, modelos de utilidade, modelos e desenhos industriais, marcas, recompensas, e nomes e insígnias de estabelecimento, são considerados pelo legislador como bens dignos de tutela jurídico-penal. O mesmo vale para os segredos de comércio e indústria. Na concorrência desleal não é certo qual o bem que se protege (um direito à lealdade da concorrência? os usos honestos da concorrência? a concorrência em si? as empresas?). Certos direitos da propriedade intelectual não beneficiam de protecção penal, como sejam o direito especial dos fabricantes de bases de dados, os logotipos e as denominações de origem e indicações geográficas. A dignidade penal da propriedade sobre as topografias de produtos semicondutores é incerta, consoante se opte interpretativamente pela ab-rogação do preceito ou antes pela sua actualização remissiva³⁴.

Segundo, os termos da dignidade jurídico-criminal dos direitos de propriedade intelectual não são uniformes ao nível da hipótese: certos direitos gozam dessa protecção relativamente a todo o seu conteúdo, outros têm-na apenas relativamente a certos actos; em certos casos a punição penal depende de uma intenção do agente, noutros exige-se um dano para além da prática de actos reservados ao proprietário; etc. A punição também não é uniforme ao nível da estatuição: nem todos os direitos são protegidos com idênticas penas de prisão, alguns nem a têm, e as multas também não são iguais para todos.

Terceiro, em certos tipos não há violação de direitos exclusivos, mas antes apenas uso ilegal, seja pelo próprio titular do direito, seja por actos de falsidade promocional. Prevê-se também a figura das infracções secundárias, na qual não há violação directa da propriedade mas antes aproveitamento derivado dessa violação (o chamado "contrabando da pirataria").

³⁴ Sobre esta questão vide o nosso *Circuitos Integrados: Protecção Jurídica das Topografias de Produtos Semicondutores*, in *Direito Industrial*, Vol. II, APDI, Coimbra, Almedina, 2002.

Quarto, a análise detalhada dos diversos tópicos destes direitos, como sejam a delimitação rigorosa dos objectos, requisitos, titulares e conteúdos (positivos e negativos) de protecção, aumentaria ainda mais a complexidade da textura legal do crime na propriedade intelectual. Essa análise não pode ser feita aqui em pormenor.

Quinto, a formulação porosa (ou “esponjosa”) de certos de tipos legais de crime deve ser suprida por via interpretativa em virtude das exigências da dogmática criminal. Um dos elementos típicos do crime de concorrência desleal, por exemplo, é a prática de actos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade. Mais do que aberta, a hipótese deste tipo é incerta, afectando as exigências da legalidade criminal. Questiona-se a pertinência do recurso à técnica dos exemplos-padrão neste domínio como forma de suprir a insuficiência tipológica do crime de concorrência desleal. O mesmo se discute nos crimes contra o direito de autor em virtude da formulação aberta e indeterminada do direito de utilização. Ao invés do recurso à técnica dos exemplos-padrão sustenta-se na doutrina o preenchimento do tipo por via de remissão para as formas de utilização expressamente previstas e reguladas no Código.

Sexto, os bens jurídicos da propriedade intelectual que são dignos de tutela penal não se encontram suficientemente acolhidos no texto da constituição. A menos que, numa orientação dita post-moderna, se transforme a constituição num “repuxo”, interpretando-a em termos materialmente amplos e reflexivos no sentido de tudo albergar excepto o que é declarado inconstitucional pelos órgãos competentes. Nesta orientação, os bens jurídicos da propriedade intelectual criminalmente tutelados seriam também bens jurídico-constitucionais dada a inexistência de decisões de inconstitucionalidade em contrário. Em suma, até decisão em contrário, tudo seria constitucional. Este assunto, porém, não pode ser desenvolvido aqui. Teríamos que discutir inclusivamente o papel (e a legitimidade) do TC, enquanto fiel intérprete da constituição³⁵. Poder-se-ia cair até numa oposição de formalismos: por um lado, a dimensão orgânico-processual e, por outro, a questão da hierarquia das fontes. Pelo que nos limitamos a aludir ao problema de saber se os bens da propriedade intelectual a que o legislador ordinário confere dignidade jurídico-criminal são também todos eles bens jurídico-constitucionais. Sentimos algumas dificuldades em responder afirmativamente.

Concluir, por fim, que não há um sistema unitário e homogéneo ao nível do crime contra a propriedade intelectual. Existem apenas diversos tipos legais de crime que reforçam a protecção de certos direitos de propriedade intelectual. De *iure condendo* poder-se-á propor uma reforma legislativa que ponha alguma ordem na aparente anarquia

³⁵ Vide F.J. Bronze, *Apontamentos Sumários de Introdução ao Direito (memória das aulas teóricas no ano lectivo de 1996-97)*, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 1997, pp. 444-445.

sistemática dos crimes contra a propriedade intelectual, se se considerar que essa ordem servirá melhor os valores e os fins da política criminal neste domínio, pressupondo que uma tal “política criminal” existe. Está em causa, de todo o modo, a qualidade das leis, que é da responsabilidade do legislador.

Claro que as leis só valem pelas decisões que com base nelas se tomam, pelo que seria necessário indagar a *praxis* jurisprudencial. Evitando o abismo do caos, diremos, todavia, que ao nível da análise teórica é possível antecipar algumas das dificuldades geradas por leis que nem sempre abonam em favor da presunção de que o legislador se louva: a razoabilidade. Procura-se identificar aqui algumas dessas dificuldades.

Além disso, dá-se conta, no final (II-6), que a Proposta de alteração ao Código da Propriedade Industrial não contribui propriamente para reduzir a complexidade da punição criminal da pirataria.

2. Os crimes contra o direito de autor e os direitos conexos

O CDA tipifica dois ilícitos criminais principais³⁶: a usurpação e a contrafacção (195.º e 197.º). Além disso, autonomiza um tipo relativo à violação do direito moral (art. 198.º) e um outro relativo ao aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada (art. 199.º). Ressalva-se a aplicabilidade do regime de protecção da concorrência desleal.

A punição prevista no art. 197.º para todos estes crimes (usurpação, contrafacção, violação do direito moral e aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada) é a pena de prisão até três anos e multa de 150 a 250 dias, tendo em conta a gravidade da infracção. Em caso de reincidência, as molduras penais abstractas são agravadas para o dobro e não há suspensão de pena. Ressalva-se a possibilidade de o facto constitutivo da infracção tipificar crime punível com pena mais grave. A negligência é punível com multa de 50 a 150 dias, excepto nos casos de aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada que pode ir apenas até 50 dias (art. 199.º, 2).

O procedimento criminal não depende de queixa do ofendido, excepto se se tratar exclusivamente de violação do direito moral (art. 20.º). Além disso, é prevista a apreensão e perda de coisas relacionadas com a prática dos crimes (art. 201.º), prevendo-se um regime especial nos casos em que está apenas em causa a violação do direito moral (art. 202.º).

³⁶ Vide José de Oliveira Ascensão, *Direito penal de autor*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Separata, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2001, p. 457 ss, com análise detalhada dos diversos tipos legais de crime em direito de autor.

2.1. Violação do direito moral (art. 198.º CDA)

A violação do direito moral integra, na formulação do Código, dois tipos de actos atinentes respectivamente à paternidade e à integridade ou genuidade da obra. Por um lado, o acto de quem se arroga a paternidade de uma obra ou prestação que sabe não lhe pertencer e, por outro, o acto de quem atenta contra a genuidade ou integridade da obra ou prestação, na medida em que a desvirtue e possa afectar a honra ou reputação do autor ou do artista (198.º).

Os atentados à paternidade poderão consumir-se através de contrafacção, que consiste na utilização de obra alheia como sendo própria, enquanto os atentados à integridade ou genuidade da obra poderão consumir-se através de usurpação, que consiste em utilização de obra não autorizada. Pode haver, todavia, violação do direito moral sem contrafacção nem usurpação. Isto é, admitimos a hipótese de violação do direito moral sem actos de utilização "patrimonial". E poderá ainda haver violação do direito moral através de usurpação, ainda que sem atentado à paternidade e à integridade ou genuidade da obra, não exaurindo o art. 198.º todas as violações possíveis ao direito moral.

De todo o modo, em certas situações, o mesmo acto poderá ser constitutivo de dois ilícitos criminais. Assim parece ser na contrafacção e também na usurpação com modificação não autorizada da obra e na modalidade de violação do inédito.

2.2. Usurpação (art. 195.º)

A usurpação é tipificada no art. 195.º. Reveste quatro modalidades, embora entronquem na primeira, que consiste na utilização não autorizada de obra ou prestação protegidas por qualquer das formas previstas no Código. O art. 68.º consagra um catálogo exemplificativo de formas de utilização destinado a ilustrar o exclusivo de exploração económica que assiste ao autor, que abrange na sua previsão qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser.

Esta indeterminação do direito de utilização coloca problemas ao nível da tipicidade criminal³⁷. A doutrina sustenta que só há usurpação quando o acto consista numa utilização expressamente prevista e regulada no Código³⁸, nomeadamente, a edição, a representação, recitação e execução, a produção de obra cinematográfica, a fixação

³⁷ Vide J. Oliveira Ascensão, *Direito Penal de Autor*, cit., pp. 469 ss (problematizando a constitucionalidade dos preceitos incriminadores, apontando "todas as dúvidas quanto à constitucionalidade global do Direito Penal de Autor" e apelando à necessidade de "repensar de alto a baixo" todo "este sistema penal anómalo" - pp. 477, 495).

³⁸ Cfr. J. Oliveira Ascensão, *Direito Penal de Autor*, cit., p. 473; Jorge Miranda / Miguel Pedrosa Machado, *Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial*, Lisboa: Dom Quixote, 1995, pp. 44-5, 50-1.

fonográfica e videográfica e a radiodifusão por satélite ou por cabo³⁹. Além disso, a ilicitude dessa utilização estará dependente da necessidade de autorização do titular do direito para a sua realização, o que não sucede em certas situações (por ex., na comunicação pública de obra difundida, art. 155.º e, de um modo geral, na utilização livre, art. 75.º).

As utilizações não previstas nem reguladas expressamente no Código não constituirão ilícito criminal. A questão é particularmente importante no que respeita às modernas formas de utilização de obras e prestações no domínio da internet, que o Código ainda não regula expressamente. O que pensar, por exemplo, de actos de simples transporte (*"mere conduit"*), armazenagem temporária (*"system caching"*), armazenagem em servidor (*"hosting"*), hiperligações (*links*) e pesquisas automáticas de informação (*browsers*) praticados pelos prestadores de serviços da internet. Em sentido técnico todos estes actos constituem reprodução. Dir-se-ia que o Código prevê a reprodução por qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser, incluindo a gravação e a reprodução electrónica e a transmissão por esses meios. Assim, os ISP ao praticarem aqueles actos estariam a cometer o crime de usurpação. Mas não secundamos este entendimento. O ambiente digital em rede tem especificidades próprias, que exigem soluções adequadas. Nesse sentido aponta a directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação e a directiva sobre comércio electrónico, bem como, de um modo geral, as experiências de direito comparado.⁴⁰

A segunda modalidade diz respeito à violação do inédito. Com efeito, são ainda tipificados como crime de usurpação os actos de divulgação ou publicação abusiva de obra inédita, ainda que com respeito pela paternidade da obra, com ou sem fins de obtenção de qualquer vantagem económica (art. 195.º, 2-a). Esta forma de usurpação não protege em primeira linha a obra como fonte de exploração económica mas antes como expressão da personalidade do autor. Trata-se de uma violação do direito patrimonial de utilização, uma vez que a nosso ver ao autor assiste o direito de conservar a obra inédita, reservando o gozo da obra para a sua esfera íntima e privada. Mas, o bem jurídico protegido em primeira linha é a protecção da personalidade do autor. O mesmo vale, *mutatis mutandis*,

³⁹ Mais em pormenor, o quadro das utilizações especiais típicas é composto pela edição (arts. 83.º a 106), pela representação cénica (arts. 107.º a 120.º), pela recitação e execução (arts. 121.º a 123.º), pela produção de obra cinematográfica (arts. 124.º a 140.º), pela fixação fonográfica e videográfica (arts. 141.º a 148.º), pela radiodifusão e outras formas análogas de comunicação ao público (arts. 149.º a 156.º), pela exposição e reprodução de obras de artes plásticas, gráficas e aplicadas (arts. 157.º a 163.º), pela tradução e outras transformações (arts. 169.º a 172.º) e, ainda, as utilizações, se bem que integradas em regimes especiais, de obra fotográfica (arts. 164.º a 168.º) e de jornais e outras publicações periódicas (arts. 173.º a 175.º).

⁴⁰ Vide os nossos *O Código do Direito de Autor e a Internet*, in www.digital-forum.net, Jurinet (2000), *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Electrónico na Internet*, in www.fd.unl.pt, Working Papers.

para a forma de usurpação prevista em parte da alínea b). E daí que a usurpação constitua também uma violação do direito moral, para além das violações previstas no art. 198.º.

A al. c) prevê a terceira modalidade de usurpação. Constitui crime de usurpação a utilização de obra ou prestação para além dos limites da autorização concedida, salvo nos casos expressamente previstos no Código. Um exemplo desta ressalva é o regime da utilização dos trabalhos de tradução, que podem ser utilizados para além dos limites estabelecidos sem necessidade de autorização do autor, embora a este assista o direito a uma compensação suplementar (art. 170.º).

Finalmente, a quarta modalidade diz respeito aos actos do autor. O Código prevê que o crime de usurpação pode ser praticado pelo próprio autor da obra. Assim será quando o autor tiver transmitido, total ou parcialmente, os respectivos direitos ou quando tiver autorizado utilização da sua obra por qualquer dos modos previstos no Código e a utilize directa ou indirectamente com ofensa dos direitos atribuídos ao transmissário ou ao utilizador autorizado (art. 195.º-3).

Resta saber se esta modalidade de usurpação vale apenas para os autores propriamente ditos ou se se aplica também aos titulares de direitos, sejam transmissários ou titulares de autorizações que sub-licenciam a terceiros a utilização das obras. O bom senso aponta neste último sentido⁴¹. Porém, as exigências criminais poderão opor-se a uma interpretação razoável do termo autor neste preceito utilizado. Ao que não será estranho o facto de a elaboração deste Código se dever, em grande parte às empresas editoras e outras, as quais, embora sejam titulares de direitos, não são, em bom rigor, autores.

2.3. Contrafacção (art. 196.º)

A contrafacção pode ser definida como o acto pelo qual alguém utiliza como sendo sua obra ou prestação que seja mera reprodução total ou parcial de obra ou prestação alheia, divulgada ou não, ou por tal modo semelhante que não tenha individualidade própria, independentemente do processo, dimensões ou formato da reprodução. Exclui-se da contrafacção a reprodução pela fotografia ou pela gravura efectuada só para o efeito de documentação da crítica artística.

O acto de contrafacção pode ser ainda valorado como constitutivo de uma violação do direito moral. Segundo a sistemática do CDA, que prevê a punição autónoma da violação

⁴¹ Assim, J. Oliveira Ascensão, *Direito Penal de Autor, cit.*, p. 466 (embora qualificando esse sujeito como titular originário).

do direito moral, o crime de contrafacção constituirá uma infracção contra a dimensão patrimonial do direito de autor. Mas, o mesmo acto poderá ainda violar o direito moral do autor ou do artista, na medida em que nessa utilização o agente se arrogue a paternidade da obra ou prestação (198.º). A jurisprudência manda aplicar duas punições para o mesmo acto, elaborando a teoria do “dois-em-um”. O ponto é, todavia, controverso, uma vez que a contrafacção consome a violação do direito moral.

2.4. Aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada (art. 199.º)

O crime de aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada consiste na prática de actos de venda, colocação à venda, importação, exportação ou qualquer forma de distribuição de obra usurpada ou contrafeita ou cópia não autorizada de fonograma, ainda que os respectivos exemplares não tenham sido produzidos em Portugal. Não são directamente abrangidas por este crime as prestações dos intérpretes e dos organismos de radiodifusão.

No direito inglês este tipo de ilícitos constitui as chamadas infracções secundárias (*secondary infringement*). A infracção directa (*direct infringement*) é tipificada na usurpação e na contrafacção. Só existe infracção secundária (ou derivada) se tiver existido uma infracção principal. Daí o tipo consistir em aproveitamento de obra *contrafeita* ou *usurpada*.

3. Os crimes contra a “propriedade tecnológica” (topografias de produtos semicondutores, programas de computador, bases de dados)

Os crimes contra a propriedade tecnológica são previstos em legislação avulsa que gravita em torno dos Códigos da Propriedade Intelectual. Em virtude da natureza mista ou híbrida dos objectos de protecção (circuitos integrados, programas de computador e algoritmos de programação, o investimento na produção do conteúdo de bases de dados electrónicas), o nosso legislador optou por consagrar regimes especiais em diplomas autónomos, deixando-os fora dos Códigos. Segue-se a orientação proposta pela Escola de Lisboa no que respeita ao modo de transposição das directivas comunitárias⁴², embora tenhamos dúvidas sobre se essa será a melhor solução. Mas não colhe tratar aqui do assunto.

⁴² Cfr. J. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., p. 474.

Por outro lado, a Lei da Criminalidade Informática⁴³ previa já alguns crimes neste domínio, nomeadamente a utilização ilegítima de programa protegido (art. 9.º, 1) e a reprodução ou exploração de produto semiconductor (art. 9.º, 2); também as bases de dados serão protegidas no que respeita aos actos de acesso ilegítimo (art. 7.º). Discutiu-se 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. Houve mesmo quem tivesse proposto a revogação do preceito. Hoje, porém, o problema terá sido clarificado com o regime especial dos programas de computador.

Além disso, estes regimes especiais ressalvam a protecção dos respectivos objectos por outros diplomas, em especial os Códigos do Direito de Autor e da Propriedade Industrial (incluindo a concorrência desleal). Deste modo, a “propriedade tecnológica” poderá beneficiar da tutela penal aí prevista.

3.1. Topografias de produtos semicondutores (Lei .º 16/89 de 30 de Junho)

A Lei .º 16/89 de 30 de Junho estabelece o regime especial de protecção das topografias de produtos semicondutores. Transpõe a Directiva n.º 87/54/CEE do Conselho de 16 de Dezembro de 1986. No art. 21.º remete para artigos do anterior Código da Propriedade Industrial. Dentro desses artigos encontram-se algumas normas de natureza jurídico-criminal. Assim, por exemplo, o art. 223.º do anterior CPI penalizava a falsa invocação ou uso indevido de direitos de propriedade industrial e o art. 224.º incriminava o registo de acto inexistente ou realizado com ocultação de verdade. Pois bem, o “novo” CPI alterou a ordem dos artigos (bem como o respectivo conteúdo) mas não fez qualquer referência ao regime das topografias.

Poderá o intérprete actualizar a norma remissiva deste regime para as disposições criminais correspondentes do novo CPI? Em nosso entender, se convencionarmos aceitar que compete ao intérprete velar pela razoabilidade do legislador, então a resposta será afirmativa. Todavia, uma orientação de índole mais formalista poderá negar essa solução, propondo antes uma interpretação ab-rogatória do preceito dizendo que está ferido de contradição lógica. A questão é, pois, controversa. A Proposta de alteração *infra* analisada vem suprir esta dificuldade, tratando as topografias a par com as patentes para efeitos de tutela penal.

⁴³ Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto.

3.2. Programas de computador (Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro)

Os programas de computador são objecto do regime especial de protecção instituído pelo Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro. Digamos que transpõe a Directiva n.º 91/250/CEE do Conselho de 14 de Maio, relativo à protecção deles.

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 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 (art. 9.º, 2).

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 reprodução. *Quid iuris?* Será que o regime especial de protecção revogou parcialmente a hipótese do preceito da lei da criminalidade informática? Mas pode o conteúdo normativo de uma lei ser revogado por um decreto-lei? Trata-se, é verdade, de um regime mais favorável, do ponto de vista do “criminoso”. 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 computador⁴⁴.

De todo o modo, é de notar que a tutela penal dos programas de computador não abrange todo o conteúdo dos direitos de autor 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. Talvez porque o legislador tenha seguido o entendimento doutrinal, segundo o qual “é absurdo falar de um direito moral no programa”⁴⁵.

O ponto é duvidoso. 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. Temos sustentado que uma

⁴⁴ Cfr. art. 2.º-h da Lei n.º 21/94, de 17 de Junho

⁴⁵ Cfr. J. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., p. 474.

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 e sua tutela criminal. Mas não perfilhamos um entendimento estático do direito moral, pois este vale consoante a natureza da obra em causa. Como diria Adolf Dietz, se alterar uma vírgula num poema pode violar o direito moral, dificilmente o fará num programa de computador. Mas esta questão levar-nos-ia para toda a problemática da transposição da directiva, que não podemos cuidar aqui⁴⁶.

3.3. Bases de dados electrónicas (Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho)

As bases de dados são objecto do regime especial de protecção instituído pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho, no uso da autorização concedida pela Lei n.º 1/2000, de 16 de Março. Transpõe a Directiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março. Em harmonia, atribui dois tipos de direitos exclusivos, protegendo as bases de dados pelo direito de autor, nos termos previstos no capítulo II, ou através da concessão ao fabricante dos direitos especiais previstos no capítulo III. O primeiro goza de tutela penal, o segundo não é considerado digno dela.

O direito de autor protege a forma de expressão da base de dados, que se analisa ao nível da sua estrutura, se esta constituir uma criação intelectual pela selecção ou disposição dos respectivos conteúdos. A tutela penal do direito de autor sobre a base de dados traduz-se na punição com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa de quem praticar os actos de reprodução, divulgação ou comunicação ao público de base de dados protegida, com fins comerciais (art. 11.º). Ao contrário dos programas de computador, exige-se a prossecução de fins comerciais, mas à semelhança daqueles a tutela penal não cobre todo o conteúdo do direito de autor, deixando de fora os actos de transformação e de distribuição. Além disso, coloca-se de novo o problema da relação deste regime especial com o Código do Direito de Autor no que respeita à tutela penal do direito moral.

O direito especial do fabricante consiste no direito de autorizar ou proibir a extracção e ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo da base de dados quando a sua obtenção, verificação ou apresentação represente um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo (art. 12.º, 1). O objecto de protecção deste direito é o investimento do

⁴⁶ Vide, desenvolvidamente, o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital, cit.*, § 43.

fabricante. O legislador não considerou este bem digno de tutela penal específica⁴⁷, embora ressalve a aplicabilidade do regime da concorrência desleal. Porém, nos exemplos da cláusula geral da concorrência geral não se encontra nenhum caso que se assemelhe aos actos que dão corpo a este direito especial. Se for de seguir a teoria dos exemplos-padrão na interpretação do crime da concorrência desleal, então não parece que aqueles actos de extracção ou reutilização de conteúdos de bases de dados sejam tutelados penalmente por essa via.

Além disso, como veremos, a Proposta de alteração do CPI descriminaliza a concorrência desleal. A ser aprovada, dificilmente o direito especial dos fabricantes de bases de dados será digno de tutela penal.

4. Os crimes contra a propriedade industrial (CPI)

Dispõe o art. 257.º do CPI que a propriedade industrial tem as garantias estabelecidas por lei para a propriedade em geral e é especialmente protegida nos termos do CPI e demais leis e convenções em vigor. A tutela penal intervém ao nível do direito industrial mediante determinados tipos legais de crimes previstos na secção II do capítulo I do título III do CPI. O modo como os tipos são configurados não permite a afirmação de tipos-modelo, ao contrário da usurpação e da contrafacção no direito de autor e direitos conexos. Só nos crimes contra as marcas se utiliza a nomenclatura contrafacção e imitação.

O CPI prevê diversos tipos criminais que consistem na violação do exclusivo da propriedade industrial alheia. Assim para as patentes de invenção (261.º), modelos ou desenhos industriais (263.º), marcas (264.º), recompensas (267.º-a) e nomes e insígnias (268.º). De fora ficam os logótipos e as denominações de origem e indicações geográficas. Noutros tipos não há violação de direitos exclusivos, mas antes apenas uso ilegal, seja por titular do direito (no caso das marcas), seja por actos de falsidade promocional. Prevê-se também a figura das infracções secundárias, na qual não há violação directa da propriedade mas antes aproveitamento derivado dessa violação.

O crime de concorrência desleal, apesar de integrar os ilícitos criminais contra a propriedade industrial será tratado autonomamente no ponto II-5.

4.1. Crimes de violação do exclusivo (ou delitos contra a propriedade)

Primeiro, a ilicitude criminal do acto depende da violação da propriedade, traduzindo-se na prática, sem autorização do proprietário ou da lei, de actos que a lei reserva em

⁴⁷ Cfr. J Oliveira Ascensão, *Criminalidade informática*, in *Direito da Sociedade da Informação*, Separata do Volume II, Coimbra Editora, 2001, p. 219, em nota.

exclusivo ao titular de direitos (*ius excluendi omnes alios*). Veja-se, por exemplo, a imitação ou usurpação de marca, que o Código define no art. 193.º. Mas, para além das licenças contratuais, essa autorização poderá resultar da própria lei, que delimita negativamente o conteúdo do direito em ordem a acolher outros interesses. Assim, por exemplo, em certas situações podem ser concedidas licenças de exploração obrigatórias (art. 105.º), em especial por motivo de interesse público (108.º). Além disso, esses actos deverão integrar o conteúdo do direito, sendo que por exemplo o uso privado da patente, bem como assim os actos realizados exclusivamente para fins experimentais ou de ensaio não integram o *licere* do direito de patente (cfr. arts. 97.º e 98.º-b). Por outro lado, em matéria de propriedade de marcas, poderá ser lícita a utilização da marca de terceiros numa mensagem de publicidade comparativa para fins de informação⁴⁸.

Segundo, a ilicitude criminal destes delitos contra a propriedade requer um elemento subjectivo nos termos do qual o acto seja praticado com intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar para si ou para terceiros um benefício ilegítimo, excepto no caso dos modelos e desenhos (art. 263.º).

Terceiro, em certos casos, estes tipos exigem a lesão “do titular de uma patente” (261.º), ou, no caso dos modelos e desenhos, a obtenção de um benefício ilegítimo ou o causar intencionalmente prejuízo a outrem (art. 263.º). Noutros casos, o crime consuma-se com a prática dos actos reservados ao titular de direitos, não se exigindo a produção efectiva de uma lesão ou de obtenção de um ganho. Assim para a contrafacção, a imitação e o uso ilegal de marcas (art. 264.º), recompensas (art. 267.º) e nomes e insígnias (art. 268.º).

4.2. Delitos criminais sem violação de exclusivo (falsidade promocional, má fé, abuso de direito de marca)

A par com os delitos contra a propriedade industrial são previstos certos tipos legais de crime que não consubstanciam formas de pirataria. Nestes casos não se trata de punir criminalmente a violação do exclusivo (da propriedade) mas antes certos actos que mais se aproximam da concorrência desleal, embora formalmente não a integrem. Trata-se de “quase-delitos” contra a propriedade. Não violam os direitos de propriedade individualmente considerados, mas antes, ao que parece, os bons costumes, a boa fé, e o fim económico e social dos direitos, como valores envolventes do “sistema”. Trata-se de delitos que, numa abordagem jurídico-civilística, integrariam uma “terceira via” de responsabilidade civil. Vejamos.

⁴⁸ Cfr. o actual art. 16.º do Código da Publicidade.

Primeiro, no caso das recompensas, a punição abrange igualmente os actos em que não há violação de direitos de terceiros mas apenas a falsidade promocional na sua utilização (art. 267.º-b/c).

Segundo, a hipótese punitiva abrange também os que de má fé exploram comercialmente os objectos de pirataria de patentes, modelos e desenhos, e marcas (cfr. arts. 261.º-c, 263.º-b/d, 264.º, 2).

Terceiro, a má fé na obtenção de patentes e com fins de especulação ou concorrência desleal na obtenção de direitos de nome e insígnia é requisito da punição destes actos (arts. 262.º, 268.º, 1-a).

Quarto, é prevista a punibilidade do proprietário de marca que a utilize em produtos alheios de modo a iludir o consumidor sobre a origem dos mesmos produtos (art. 264.º/1-f). Literalmente, esta norma significaria que a prática do chamado *merchandising* pelos titulares de direito de marcas poderia ser um acto jurídico-criminalmente ilícito, podendo os respectivos agentes ser punidos com penas de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

4.3. Aspectos comuns

É prevista a punibilidade dos actos preparatórios da contrafacção, imitação ou uso ilegal de marcas. Com efeito, o art. 265.º dispõe que é punível quem fabricar, importar, adquirir ou guardar para si ou para outrem sinais distintivos de marcas registadas com intenção de preparar a execução dos actos previstos no n.º 1 do art. 264.º, ou seja, nomeadamente, a contrafacção, imitação ou uso ilegal de marca.

Depois, a moldura penal abstracta dos delitos da propriedade de patentes, modelos e desenhos industriais e marcas é agravada em um terço se os crimes forem praticados, ou participados, por quem seja ou tiver sido empregado do lesado (art. 266.º).

Finalmente, o dano efectivo não é elemento necessário dos crimes de obtenção de patente de má fé, de violação de modelos e desenhos industriais e do exclusivo das marcas.

5. O crime de concorrência desleal

O CPI tipifica como ilícito criminal a concorrência desleal (art. 260.º). A pena pode ir até aos 3 anos de prisão ou multa de 360 dias. Parece que em Portugal terá sido feita a primeira lei da concorrência desleal. Actualmente, a análise do tipo legal de crime suscita uma série de questões.

Para começar, o sujeito que pratica os actos é apenas pessoa singular ou poderá ser também pessoa colectiva? Com efeito, para constituir ilícito criminal, esse acto terá que ser praticado com intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar para si ou para

terceiro um benefício ilegítimo. Ora, serão imputáveis “intenções” às pessoas colectivas? Por outro lado, parece que se exige um dolo de tipo necessário. Para regular estas matérias, em especial a responsabilidade das pessoas colectivas, o Código remete para o Decreto-Lei n.º 28/24 de 20 de Janeiro.

5.1. O que é a concorrência?

Depois, o que são actos de concorrência? Trata-se de actos praticados no âmbito de um sector de actividade idêntico ou afim (o chamado “sector merceológico”), ou serão abrangidos todos e quaisquer actos de empresas, ainda que não comerciantes ou industriais? Poderá haver ainda actos de concorrência entre sujeitos não empresários para efeitos deste ilícito criminal (por ex., concorrência entre profissionais liberais)? Com efeito, os actos de concorrência referem-se a qualquer ramo de actividade (*in fine*) e podem ser praticados quer em relação a “concorrentes” (cfr. al. a), b), quer a não concorrentes (cfr. al. d) a h)), quer simplesmente a bens “alheios” ou “de outrém” (não se dizendo se concorrentes ou não: cfr. al. c) e i).

Parece, aliás, que poderão ser praticados actos de concorrência entre não concorrentes, o que não deixa de ser uma contradição nos termos. Ou, melhor ainda, a concorrência surge configurada no tipo como se todos fossem concorrentes de todos. Deve recorrer-se a elementos externos, de modo a excluir do círculo subjectivo da concorrência nomeadamente os consumidores.

5.2. O que são as normas e usos honestos do comércio? O que valem os exemplos do catálogo?

Além disso, interessa perguntar: o que significa contrariedade às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade? Preencher-se-á o tipo se o agente não observar uma norma e um uso honesto de uma qualquer actividade – acrescentaríamos para simplificar - económica? Ou será que o tipo se destina afinal a incriminar a desonestidade da concorrência, definida como deslealdade? Mas deslealdade em relação a quê?

Esta cláusula geral remete o intérprete para um padrão ético da concorrência, para os *boni more* ou *guten Sitten*⁴⁹. Depois apresenta exemplos dessa desonestidade mercantil, como sejam a confusão, a falsidade depreciativa, o parasitismo, a promoção enganosa, a supressão pelo distribuidor dos sinais distintivos do produtor, o desrespeito pelos segredos de outrém. Estes exemplos foram consagrados em atenção à prática

⁴⁹ Na Alemanha a lei da concorrência abre com a proibição geral de contrariedade aos bons costumes da concorrência (§ 1 UWG).

jurisprudencial. Mas são apenas exemplos, se assim for de entender o termo “nomeadamente”.

Tratar-se-á de exemplos-padrão? A constitucionalidade desta norma foi já questionada entre nós⁵⁰. Parece que para a salvaguardar seria necessário lançar mão da técnica penalística dos exemplos-padrão. Isto não significa que os tipos criminais tenham que ser necessariamente fechados. Mas parece coadunar-se mal com a lógica do direito criminal que possa ser deixado ao intérprete o preenchimento do tipo mediante uma vaga remissão para “as normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade”. A questão, todavia, é muito discutível. No direito comparado, é interessante referir que o sistema inglês recusa a cláusula da concorrência desleal. Ou há violação da propriedade ou não há ilícito. A jurisprudência considera que não lhe compete decidir o que é *fair* ou *unfair*. Em contrapartida, o conteúdo da propriedade é mais amplo, não ficando os seus contornos dependentes da apreciação judicial da honestidade dos actos dos outros na casuística.

5.3. O bem jurídico

Qual é o bem jurídico protegido por este ilícito? A lei pune quem pratica actos de concorrência desonesta ou desleal. Mas em nome de quê? Que fim de política criminal se prossegue aqui? Que bem jurídico se protege?

É pacífico o entendimento de que a norma da concorrência desleal é autónoma da violação da propriedade industrial (e dos direitos de autor, acrescentamos). Isto é, pode haver concorrência desleal sem haver violação de propriedade. No artigo 1.º do actual CPI, à semelhança do que já antes sucedia, escreve-se que a propriedade industrial desempenha a função social de garantir a lealdade da concorrência pela atribuição de direitos privativos, bem como pela repressão da concorrência desleal (art. 1.º). Assim, o fim de política criminal prosseguido pelos tipos legais de crime seria assegurar, mediante tutela penal, a lealdade da concorrência, punindo as violações dos direitos privativos (patentes, marcas, etc.) e reprimindo a concorrência desleal. Por outro lado, o bem jurídico promovido pela tutela penal seria a concorrência na sua dimensão de lealdade.

Mas foi proposto que a concorrência desleal protegeria a empresa, este seria o bem de protecção⁵¹. Esta perspectiva é contestada, sustentando-se em alternativa não ser necessário procurar aqui o bem jurídico – e por isso a concorrência desleal não serviria para fundamentar a protecção da empresa como objecto de direitos. Dever-se-ia ir ainda mais longe e aceitar a figura dos delitos de mera actividade. Não seria necessário sequer

⁵⁰ Vide Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, Coimbra, 1967.

⁵¹ Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, I, Coimbra, 1973, p. 245 s

ressonância num bem jurídico para fundamentar a punição⁵². O ponto todavia, é controverso, parecendo tal proposta deparar com o “paradigma da ofensividade” da dogmática jurídico-penal.⁵³

Entendemos que na concorrência desleal há ainda bens jurídicos protegidos e que um deles é justamente a empresa. De resto, a proibição da utilização para outros fins de informações obtidas mediante descompilação de programas de computador parece configurar-se como um delito de perigo sendo o bem que se visa proteger uma espécie de “segredo de empresa”: os segredos dos programadores informáticos que são também neste domínio a “alma do negócio”. Poderíamos rever a nossa posição quanto a saber se o bem jurídico em causa é a empresa ou antes a concorrência, bem este, aliás, de dignidade penal e também constitucional. A concorrência é um bem jurídico supra-individual e a nossa doutrina tende a admitir os bens jurídicos desta natureza. Restará saber aqui quem é o titular, podendo talvez sustentar-se que será a comunidade económica. O crime de concorrência desleal destinar-se-ia justamente a proteger esse bem, na sua dimensão não de absoluta liberdade mas antes de lealdade, ou seja, de liberdade comunitariamente integrada.

Mas ainda temos um argumento a favor da empresa. A concorrência não vale por si. É antes instrumental em relação aos agentes que nela operam, em especial as empresas. São os interesses das empresas que reclamam a disciplina da concorrência, quer no que respeita à sua liberdade, quer no que respeita à sua lealdade. Esta última faz-se por via da atribuição de direitos privativos e da repressão da concorrência desleal. A concorrência não vale por si mas antes enquanto linguagem de comunicação das empresas, assegurando uma convivência em termos de liberdade e de lealdade.

Uma outra via seria dizer que o bem jurídico em causa é a própria lealdade, as próprias normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade. Seria dizer que a tutela penal do direito industrial intervém aqui em nome da ordem concreta em si mesma considerada. Mas então isto seria cair na auto-legitimação e, por essa via, nos delitos de mera actividade. A ordem concreta das actividades económicas seria o bem jurídico em causa, caindo-se, de certo modo, num *ius naturale* da *lex mercatoria*. Com defensores, aliás, entre nós, como *supra* referimos.

6. A Proposta de Alteração ao Código da Propriedade Industrial

A Proposta de alteração começa curiosamente por reconfigurar a função da propriedade industrial. Dispõe que a propriedade industrial desempenha a função de

⁵² Cfr. J. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, Lisboa, 1994, p. 21, 54-5, 240.

⁵³ Vide Faria Costa, *O perigo*, cit., p. 646.

garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza (art. 1.º). Assim, a repressão da concorrência desleal parece deixar de ser uma das vertentes da função de garantir a lealdade da concorrência que se atribui à propriedade industrial. Verifica-se o seguinte:

1.º - a ilicitude da concorrência desleal é agora afirmada no art. 320.º em termos semelhantes à cláusula geral do Código actual ilustrada mediante um catálogo de exemplos de actos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade (acrescentando-se “económica”);

2.º - neste sentido, são previstos como exemplos, a confundibilidade, o parasitismo, a falsidade depreciativa e promocional, a ocultação de sinais distintivos do produto pelo intermediário;

3.º - são suprimidos dois exemplos de actos, como sejam os reclamos dolosos e a apropriação, utilização ou divulgação de segredos de comércio e indústria de outrem;

4.º - é autonomizada a protecção dos segredos de empresa no art. 321.º, sob epígrafe “protecção de informações não divulgadas”, procurando receber-se desse modo o regime previsto para os segredos no acordo internacional ADPIC (1994);

5.º - a *concorrência desleal deixa de constituir ilícito criminal*, passando a ser apenas um ilícito contra-ordenacional (cfr. arts. 324.º a 333.º e art. 334.º); do art. 334.º resulta que a protecção das informações não divulgadas, embora tenha sido autonomizada do preceito da concorrência desleal, continua a ser valorada como matéria de concorrência desleal, como parece indicar aliás o art. 321.º ao referir “nos termos do artigo anterior”, exigindo uma valoração da contrariedade do acto às normas e usos honestos do comércio.

6.1. O crime “em termos de actividade empresarial”

Por outro lado, à semelhança do que sucede com o Código actual, a Proposta de alteração não apresenta modelos-tipo de ilícitos criminais no que respeita à violação dos direitos de propriedade industrial juridico-criminalmente tutelados. De todo o modo, para além de aspectos de pormenor - como a descriminalização do uso da marca para fins de *merchandising* (art. 326.º) e da equiparação das topografias de produtos de semicondutores às patentes e modelos de utilidade para efeitos de incriminação (art. 324.º) -, a Proposta introduz nos tipos legais de crime um elemento inovador. Para constituírem crime, os actos aí referidos terão que ser praticados: “*em termos de actividade empresarial* e com o objectivo de obter para si ou para terceiros um benefício ilegítimo” (cfr. arts. 324.º a 328.º, 330.º). Só não se exige este elemento nos crimes de obtenção de

má-fé de patentes, modelos de utilidade e registos de desenhos ou modelos (art. 329.º) e de registo de acto inexistente ou realizado com ocultação da verdade (art. 331.º).

Este elemento, aparentemente simples, é de extrema complexidade. O que é fazer-se algo “em termos de actividade empresarial”? O tipo é fluido, devendo ser preenchido por remissão para a dogmática da empresarialidade. O que é uma actividade empresarial? Tratar-se-á de actividade empresarial comercial ou mercantil, tal como esta é definida pela interpretação do Código Comercial? Se assim for, então levantam-se grandes problemas. O Código Comercial data do século passado, é um legado da monarquia. Actualmente recorre-se (ainda que não pacificamente) à analogia *legis* e à analogia *iuris* para qualificar diversas actividades como mercantis.⁵⁴

Poderá o mesmo fazer-se quando estiver em causa aplicar os tipos legais de crimes que pressupõem actos “em termos de actividade empresarial”? Não serão por essa via vilipendiadas as exigências da legalidade criminal? Ou será que estamos neste domínio em face de uma legalidade criminal “amolecida” ou de “segundo grau”, em que essas exigências porventura poderão ser contornadas?

O critério proposto é, pois, problemático, prestando-se a dificuldades de interpretação. Em causa está a punição criminal e não apenas um mero ilícito de ordenação social ou uma compensação indemnizatória. De resto, nem se sabe se abrange (apenas) as actividades empresariais comerciais ou mercantis ou, pelo contrário, se abrange todas e quaisquer actividades empresariais, sendo certo que as há bastando pensar na agricultura que a lei exclui da comercialidade.

No domínio processual, o procedimento passa a depender expressamente de queixa (art. 332.º). Os crimes deixam de ser públicos.

6.2. Direitos privativos sobre diversos processos técnicos

Um outro aspecto da nova configuração funcional da propriedade industrial diz respeito à atribuição de direitos privativos sobre “os *diversos processos técnicos* de produção e desenvolvimento da riqueza”.

Isto significa uma tendência no sentido do alargamento do objecto de protecção. Nas sociedades da informação e do conhecimento, o saber, em especial o saber tecnológico, é um elemento económico da maior importância, em especial no contexto da internacionalização. Veja-se os termos como se propõe configurar agora o objecto de patente (art. 48.º). Abrangem-se as patentes de biotecnologia, como imposto aliás por directiva comunitária, que constituem o principal valor de exploração das empresas que patrocina o saber médico. Parece abrir-se a porta, também, às patentes de certos

⁵⁴ Vide J.M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial, cit.*, p. 51 *et seq.*

algoritmos, em especial quando se trate de processos tecnológicos de codificação de programas de computador, ainda que os programas de computador enquanto tais continuem fora da patenteabilidade (cfr. n. 2, e art. 49.º, 1-d, *in fine*).

De todo o modo, apesar da abertura à internacionalização, são previstas certas limitações à patente, nomeadamente no que diz respeito aos procesos de clonagem de seres humanos e de modificação da sua identidade genética germinal, e à utilização de embriões humanos para fins comerciais ou industriais. Também a sequência, ainda que parcial, dos genes do corpo humano, e as variedades vegetais ou as raças animais, são excluídas da patenteabilidade (art. 50.º - mas não deixe de ver-se o art. 51.º).

Por outro lado, a protecção das topografias de produtos semicondutores é prevista nos arts. 153.º a 173.º em termos que se aproximam do Acordo ADPIC e, por sua via, do Tratado de Washington.

7. Conclusão

Em suma, a nossa análise da punição criminal da propriedade intelectual centrou-se na identificação dos ilícitos criminais legalmente tipificados, partindo do princípio de que é ao legislador que compete eleger os bens jurídicos que são dignos de tutela penal e definir os termos dessa dignidade. E aqui constatámos diversos níveis de “fragmentaridade”: nem tudo é punido, e nem tudo o que é punido o é do mesmo modo. Sendo que a análise detalhada dos diversos tópicos destes direitos, como sejam a delimitação rigorosa dos objectos, requisitos, titulares e conteúdos (positivos e negativos) de protecção, aumentaria ainda mais a complexidade da textura legal do crime na propriedade intelectual. Depois, as exigências da dogmática criminal impõem cautelas na interpretação de certos tipos criminais em virtude da porosidade dos seus termos. Por fim, só podemos concluir que os bens da propriedade intelectual a que o legislador ordinário confere dignidade jurídico-criminal são todos eles bens jurídico-constitucionais se adoptarmos uma interpretação da constituição em termos materialmente amplos.⁵⁵

Com efeito, nem todos os direitos de propriedade intelectual gozam da tutela penal, embora esteja prevista para a generalidade dos direitos de propriedade intelectual. Assim, por exemplo, os direitos sobre obras literárias e artísticas, prestações conexas, programas de computador, bases de dados criativas, patentes, modelos de utilidade, modelos e desenhos industriais, marcas, recompensas, e nomes e insígnias de estabelecimento, são

⁵⁵ Sobre a compreensão material de constituição, *vide* J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 1192 s.

considerados pelo legislador como bens dignos de tutela jurídico-penal, o mesmo valendo para os segredos de comércio e indústria.

Porém, não é certo qual o bem que se protege no crime de concorrência desleal (um direito à lealdade da concorrência? os usos honestos da concorrência? a concorrência em si? as empresas?). Além disso, certos direitos da propriedade intelectual não beneficiam de protecção penal, como sejam o direito especial dos fabricantes de bases de dados, os logótipos e as denominações de origem e indicações geográficas, e a dignidade penal da propriedade sobre as topografias de produtos semicondutores é incerta, consoante se opte interpretativamente pela ab-rogação do preceito ou antes pela sua actualização remissiva.

Depois, os termos da dignidade jurídico-criminal dos direitos de propriedade intelectual não são uniformes ao nível da hipótese: certos direitos gozam dessa protecção relativamente a todo o seu conteúdo, outros têm-na apenas relativamente a certos actos; em certos casos a punição penal depende de uma intenção do agente, noutros exige-se um dano para além da prática de actos reservados ao proprietário; etc. A punição também não é uniforme ao nível da estatuição: nem todos os direitos são protegidos com idênticas penas de prisão, alguns nem a têm, e as multas também não são iguais para todos.

Além disso, em certos tipos não há violação de direitos exclusivos, mas antes apenas uso ilegal, seja pelo próprio titular do direito, seja por actos de falsidade promocional. É prevista também a figura das infracções secundárias, na qual não há violação directa da propriedade mas antes aproveitamento derivado dessa violação (o chamado "contrabando da pirataria"). Por outro lado, a formulação porosa de certos de tipos legais de crime deve ser suprida por via interpretativa em virtude das exigências da dogmática criminal. Um dos elementos típicos do crime de concorrência desleal, por exemplo, é a prática de actos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade. Mais do que aberta, a hipótese deste tipo é incerta, afectando as exigências da legalidade criminal. Questiona-se a pertinência do recurso à técnica dos exemplos-padrão neste domínio como forma de suprir a insuficiência tipológica do crime de concorrência desleal. O mesmo se discute nos crimes contra o direito de autor em virtude da formulação aberta e indeterminada do direito de utilização. Ao invés do recurso à técnica dos exemplos-padrão sustenta-se na doutrina o preenchimento do tipo por via de remissão para as formas de utilização expressamente previstas e reguladas no Código.

Ademais, os bens jurídicos da propriedade intelectual que são dignos de tutela penal não se encontram suficientemente acolhidos no texto da constituição. A menos que, numa orientação dita post-moderna, se transforme a constituição num "repuxo" ou num "espelho", interpretando-a em termos materialmente amplos e reflexivos no sentido de

tudo albergar excepto o que é declarado inconstitucional pelos órgãos competentes⁵⁶. Nesta orientação, os bens jurídicos da propriedade intelectual criminalmente tutelados seriam também bens jurídico-constitucionais dada a inexistência de decisões de inconstitucionalidade em contrário. Em suma, até decisão em contrário, tudo seria constitucional. É o problema de saber se os bens da propriedade intelectual a que o legislador ordinário confere dignidade jurídico-criminal são também todos eles bens jurídico-constitucionais⁵⁷.

Finalmente, podemos concluir que não há um sistema unitário e homogéneo ao nível do crime contra a propriedade intelectual. Existem apenas diversos tipos legais de crime que reforçam a protecção de certos direitos de propriedade intelectual. De *iure condendo* poder-se-á propor uma reforma legislativa que ponha alguma ordem na aparente anarquia sistemática dos crimes contra a propriedade intelectual, se se considerar que essa ordem servirá melhor os valores e os fins da política criminal neste domínio, pressupondo que uma tal "política criminal" existe. Está em causa, de todo o modo, a qualidade das leis, que é da responsabilidade do legislador. Claro que as leis só valem pelas decisões que com base nelas se tomam, pelo que seria necessário indagar a *praxis* jurisprudencial. Todavia, mesmo ao nível da análise teórica é possível antecipar algumas das dificuldades geradas por tais leis. No final deu-se conta que a Proposta de alteração ao Código da Propriedade Intelectual não contribui propriamente para reduzir a complexidade da punição criminal da pirataria.

Abstract: Intellectual property, unfair competition and their (criminal) protection in Portugal. Intellectual property rights and unfair competition are criminally protected under Portuguese Law. This Article describes, in general terms, the legal framework of intellectual property rights (patents, designs, models, trademarks, copyright and related rights) and unfair competition (i.e. misleading advertising and trade-secret protection) and makes a critical analysis, from a systematic view point, of the several types of criminal offences provided in the Industrial Property Code and the Copyright and related rights Code, as well as in special Acts aimed to protect topographies of integrated circuits, computer programs and databases.

⁵⁶ Sobre a "falta de fundamento ético do sistema" da punição criminal nos direitos de autor, *vide* J. Oliveira Ascensão, *Direito Penal de Autor, cit.*, pp. 460-1 ("A reacção penal não pode assentar em considerações utilitárias ao serviço de interesses privados. Há pois que repensar todo o sistema verificando quais são os casos verdadeiramente significativos, que merecem a reacção penal, e relegando os restantes aspectos a contra-ordenação ou procedendo à desincriminação.").

⁵⁷ *Vide* Jorge de Figueiredo Dias, *Temas Básicos da Doutrina Penal - Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal / Sobre a Doutrina Geral do Crime: 2.º Tema - O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 46 s.