



AB VNO AD OMNES

INFORMÁTICA, DIREITO DE AUTOR
E PROPRIEDADE TECNODIGITAL
Coimbra Editora

STVDIA IVRIDICA 55

Comissão Redactora

ALMEIDA COSTA — EHRHARDT SOARES — CASTANHEIRA NEVES
LOPES PORTO — FARIA COSTA

Redactor Delegado

JOSÉ de FARIA COSTA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA — BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

COIMBRA EDITORA

AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ALEXANDRE DIAS PEREIRA

INFORMÁTICA, DIREITO DE AUTOR
E PROPRIEDADE TECNODIGITAL

AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



2001

COIMBRA EDITORA



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

Composição e impressão
Coimbra Editora, Limitada

ISSN 0872-6043

ISBN 972-32-1003-7

Depósito Legal n.º 160 015/2001

Fevereiro de 2001



APRESENTAÇÃO

O estudo que agora tem o privilégio de ser publicado em livro na *STVDIA IVRIDICA* corresponde, com ligeiras alterações, à dissertação de mestrado em ciências jurídico-empresariais apresentada em Outubro de 1998 e apreciada em provas públicas no dia 12 de Abril de 1999, por um júri presidido pelo Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro e constituído ainda pelos Senhores Professores Doutores José de Oliveira Ascensão e Rui de Figueiredo Marcos, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

No essencial, as alterações introduzidas destinam-se a corrigir o texto primitivo e, principalmente, a actualizá-lo em função da evolução entretanto registada no quadro jurídico. Porém, as actualizações operadas não modificam a estrutura e o sentido da dissertação, oferecendo apenas uma linha de continuidade na investigação. Sendo que a “evolução” mais significativa que a nossa legislação poderia registar seria a adaptação do Código do Direito de Autor às novas exigências do ambiente digital, *maxime* em rede. A dissertação conclui, justamente, com um apelo nesse sentido.

Na impossibilidade de nomear aqui todos aqueles a quem gostaríamos de agradecer, não podemos todavia deixar de endereçar, penhorados, uma grata e cordial saudação:

- à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Alma Mater*;
- ao Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro pela orientação que nos concedeu desde os primeiros passos e da qual tivemos o privilégio de beneficiar ao longo do caminho percorrido na preparação deste estudo;
- ao Senhor Professor Doutor José de Oliveira Ascensão pela honrosa arguição com que dignificou a nossa dissertação;

- aos Senhores Professores Doutores Fernando José Bronze e Jorge Coutinho de Abreu pela confiança com que nos acolhem na docência de Introdução ao Direito e Direito Comercial, respectivamente;
- ao Senhor Professor Doutor Jorge de Sinde Monteiro e ao Senhor Dr. Manuel Nogueira Serens pelos valiosos elementos bibliográficos que colocaram à nossa disposição;
- aos Senhores Professores Doutores Gerhard Schrickler e Hiroshi Saito pela forma generosa como nos receberam, respectivamente, no Instituto Max-Planck de Munique e no Centro de Direito de Autor (CRIC) em Tóquio;
- à Reitoria da Universidade de Coimbra, à Fundação Rangel Sampaio, à DAAD e ao Instituto Jurídico da Comunicação pelos apoios concedidos;
- ao *Boletim da Faculdade de Direito*, na pessoa do Senhor Professor Doutor José de Faria Costa, pela inclusão deste trabalho na STVDIA IVRIDICA.

Terminamos esta nota de apresentação dirigindo uma saudosa palavra de tributo à memória do Senhor Doutor Orlando de Carvalho, nosso querido Professor.

Coimbra, Setembro de 2000

Alexandre Libório Dias Pereira

AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



*A meus pais,
e irmãos*

*À Ayano e ao
nosso Eurico Tomoya*

AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



Mein Eigentum

“...“

*Und daß mir auch zu retten mein sterblich Herz,
Wie andern, eine bleibende Stätte sei,
Und heimatlos die Seele mir nicht
Über das Leben hinweg sich sehne,
Sei du, Gesang, mein freundlich Asyl, sei du,
Beglückender! mit sorgender Liebe mir*

*Gepflegt, der Garten, wo ich wandeln
Unter den Blüten, den immerjungen
In sichrer Einfalt wohnte, wenn draußen mir
Mit ihren Wellen allen die mächtige Zeit
Die Wandelbare fern rauscht und die
Stillere Sonne mein Wirken fördert.*

AB VNO AD HOMINES

Coimbra Editora

Hölderlin



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



SIGLAS E ABREVIATURAS

- AfP — Archiv für Presserecht
AJ — Actualidade Jurídica
AJCL — American (The) Journal of Comparative Law
A & M — Auteurs & Médias
ApCCL — Applied Computer and Communications Law
ArPD — Archives de Philosophie du Droit
BCE — Boletim de Ciências Económicas
Berkeley Tech. LJ — Berkeley Technology Law Journal
BFD — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMJ — Boletim do Ministério da Justiça
California LR — California Law Review
CI — Contratto e Impresa
CJ — Colectânea de Jurisprudência
CL — Computer Law
CLJ — Computer Law Journal
CL&P — Tolley's Computer Law & Practice
CMLR — Common Market Law Review
CoL — Communications and Law
Columbia LR — Columbia Law Review
CR — Computer und Recht
CUJ — Copyright Update Japan
C&S — Communications & Strategies
D. — Dalloz Recueil
DA — Il Diritto di Autore
DAT — Derecho de la Alta Tecnologia
Dd'A — Le Droit d'Auteur
DI — Il Digesto Italiano
DJ — Direito e Justiça
DII — Il diritto dell'informazione e dell'informatica
Dir. — O Direito
DIT — Droit de l'Informatique et des Télécoms
E. — Eurepargne

- ECR — European Court Report
 ECLR — European Competition Law Review
 EIPR — European Intellectual Property Report
 ELR — European Law Review
 Ent LR — Entertainment Law Review
 ERPL — European Review of Private Law
 EWS — Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht
 Florida LR — Florida Law Review
 Fordham LR — Fordham Law Review
 Foro — Foro italiano
 GI — Giurisprudenza Italiana
 GRUR — Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
 GRUR Int. — Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil
 Harvard LR — Harvard Law Review
 Harvard JL&T — Harvard Journal of Law & Technology
 IIC — International Review of Industrial Property and Copyright Law
 IML — International Media Law
 ITL — Information Technology Law Today
 JCIInFL — The John Marshall Journal of Computer & Information Law
 JCP — La Semaine Juridique
 JCS — Journal of Copyright Society
 JZ — Juristen Zeitung
 Legis — Cadernos de Ciência de Legislação
 LPI — La propriété industrielle
 Michigan LR — Michigan Law Review
 MMR — MultiMedia und Recht
 NJW — Neue Juristische Wochenschrift
 NJW-CoR — Neue Juristische Wochenschrift — Computer Report
 P&L — Patents & Licensing
 PI — Propriedade Industrial
 Q. — Quadrimestre, rivista di diritto privato
 RCDI — Revista Critica de Derecho Inmobiliario
 Rdc — Rivista di diritto civile
 RDC — Rassegna di Diritto Civile
 RDE — Revista Direito e Economia
 RDES — Revista de Direito e Estudos Sociais
 RDI — Revista di Diritto Industriale
 RDP — Revista de Derecho Privado
 Rec. — Recueil de la Jurisprudende de la Cour
 RFDSP — Revista da Faculdade de Direito de São Paulo
 RFDUCM — Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
 RFD — Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
 RGD — Revista General de Derecho
 RIDA — Revue Internationale du Droit d'Auteur

- RIDC — Revue Internationale de Droit Comparé
RIDE — Revue Internationale de Droit Économique
RIDP — Revue Internationale de Droit Pénale
RJ — Revista Jurídica
RLAD — Revista Luso-Africana de Direito
RLJ — Revista de Legislação e de Jurisprudência
RMUE — Revue du Marché Unique Européen
ROA — Revista da Ordem dos Advogados
RTDE — Revue Trimestrielle de Droit Européen
Rutgers LJ — Rutgers Computer & Technology Law Journal
Stanford LR — Stanford Law Review
Tulane LR — Tulane Law Review
UFITA — Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theater Recht
Washington LR — Washington Law Review
Waseda BCL — Waseda Bulletin of Comparative Law
WIPR — World Intellectual Property Report
Yale LJ — Yale Law Journal
ZfRV — Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZHR — Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZUM — Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
- A. / AA. — Autor / Autores
Ac. — Acórdão
ALAI — Association Littéraire et Artistique Internationale
art. — artigo
BGB — Bürgerliches Gesetzbuch
BGH — Bundesgerichtshof
CCiv — Código Civil
CDADC — Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos
cf. — confronto
CRP — Constituição da República Portuguesa
DBD — Directiva Bases de Dados
DPC — Directiva Programas de Computador
GWB — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB — Handelsgesetzbuch
OMPI — Organização Mundial da Propriedade Intelectual
por ex. — por exemplo
Rel. — Relação
STJ — Supremo Tribunal de Justiça
TJCE — Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
UrhG — Urheberrechtsgesetz
USC — United States Code
UWG — Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



INTRODUÇÃO

- § 1. Moldura do Problema
- § 2. Linha de Análise

AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



§ 1. MOLDURA DO PROBLEMA

1. A informática põe uma série de problemas ao direito de autor. Desde o seu sujeito até ao seu objecto, passando pelo seu conteúdo e pela sua gestão, a informática atinge o código categorial deste ramo do direito. Em causa está a adaptação de um instituto jurídico tradicional a um novo paradigma tecnológico; sendo que, como diz o Prof. Pinto Monteiro, o “ritmo *acelerado* por que se tem pautado o processo histórico nos últimos tempos, o rápido e incessante desenvolvimento industrial, técnico e tecnológico, a evolução social, exigem do direito um esforço acrescido de adaptação e renovação dos seus quadros e soluções” (1).

Para começar, no seio deste novo paradigma tecnológico são gerados novos candidatos ao ingresso no âmbito de protecção do direito de autor. São os programas de computador, as bases de dados (electrónicas) ou, ainda, as chamadas obras multimedia e as ‘artes cibernéticas’. Depois, a informática permite novas formas de utilização de objectos tradicionalmente acolhidos pelo instituto. É o problema da utilização de obras por computadores, que abrange, por exemplo, a armazenagem em memória ou o chamamento para visualização no ecrã. Além disso, a informática, na sua vertente dita telemática, permite que os computadores funcionem em rede, transmitindo entre si informação, nela incluindo objectos protegidos pelo direito de autor, e a emergência à escala global do chamado ambiente digital em rede dos sistemas electrónicos de informação.

Entre nós, a doutrina cedo apontou o desfasamento entre a lei do direito de autor e as novas possibilidades da técnica. Como afirmou, categoricamente, o Prof. Oliveira Ascensão, ao concluir uma exaustiva análise do nosso regime jurídico face aos novos problemas da tecnologia informática,

(1) Pinto Monteiro, *Inflação e direito civil*, p. 6.

“as leis actuais não foram feitas para abranger este meio técnico de utilização” (2).

Ora, como veremos, a generalização da utilização de tecnologias de computadores e da criação de redes informáticas locais, nacionais e globais trará à evidência as insuficiências da nossa lei no ambiente digital em rede. A palavra de ordem actual é a infra-estrutura global da informação ou WWW, cuja auto-estrada principal é a Internet desenvolvida na década de sessenta pela NASA. Auto-estrada essa para a qual a informática cria também sinalizações de marcação e portagens de acesso, através da tecnologia criptográfica (assinaturas digitais, cifragem) e da estenografia. São os sistemas técnicos de identificação e de protecção, que, aliás, também se utilizam fora do ciberespaço e do ambiente digital dos sistemas informáticos em rede.

Fala-se, pois, em ciberespaço, que é o produto da convergência tecnológica da informática, das telecomunicações e do audiovisual. Convergência essa que, por seu turno, é possibilitada pela linguagem binária da informática. É dizer, pela digitalização. Falar em digitalização significa falar em sequências numéricas de zeros e uns. Essas sequências são processadas por computadores, traduzindo-se esse processamento na activação de impulsos eléctricos que correm pelas topografias dos produtos semicondutores, carregando electronicamente informação através dos circuitos integrados dos sistemas informáticos.

A digitalização está no cerne da informática e a convergência multimedia, de que tanto se fala, é gerada no seio da tecnologia digital. Na verdade, a informática com a tecnologia digital representa o novo paradigma tecnológico a que o direito de autor se deverá adaptar. Esta problemática tem sido tratada em diversas sedes, sendo de destacar, a nível científico, os Simpósios da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (3), os Congressos da Associação Literária e Artística Internacional (4) e, ainda, de outras organizações, como o Instituto de Direito da Informação (5). Entre nós, especial referência merece a realização do II Congresso Ibero-Americano do Direito de Autor e

(2) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 482.

(3) WIPO, *Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighboring Rights*, Harvard, 1993; WIPO, *Worldwide Symposium on the Future of Copyright and Neighboring Rights*, Paris, 1994.

(4) ALAI, *L'informatique et le droit d'auteur*, 1990 (Québec, 1989); Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, 1997 (Amsterdam, 1996).

(5) Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, 1996 (Amsterdam, 1995)

dos Direitos Conexos intitulado justamente *Num Novo Mundo do Direito de Autor* (6)? Depois, no plano oficial e governativo, os países mais influentes patrocinaram estudos de adaptação do direito de autor às novas tecnologias, que estiveram na base de documentos oficiais destinados a propor alterações legislativas (7).

Ao mesmo tempo, decorreram negociações a nível internacional, primeiro o GATT, e depois o Novo Instrumento. O resultado saldou-se pela adopção do Acordo ADPIC em 1994 e, especialmente, dos novos Tratados OMPI em Dezembro de 1996. A nível comunitário têm sido adoptadas diversas directivas de harmonização nesta matéria, tendo a Comissão submetido já uma Proposta (Dezembro 1997) relativa a certas questões do direito de autor e de direitos conexos, na sequência dos novos Tratados OMPI. No plano nacional, veremos que diversos Estados-membros adoptaram “de raiz” novas leis na década passada, limitando-se agora, no essencial, a seguir o plano de acção traçado pela Comissão segundo a principiologia contida no histórico Livro Verde 1988.

Cumprе referir, desde já, que neste processo de adaptação do direito de autor ao paradigma da tecnologia digital a máxima parece ser o “reforço” dos direitos de propriedade intelectual. Contudo, este reforço de protecção no novo ambiente digital põe em causa certos valores fundamentais, como sejam o livre fluxo da informação. Assim é, designadamente, com a tendência para encurtar os limites do direito de autor, com o chamado direito *sui generis* do produtor de bases de dados e, ainda, com a tutela jurídica dos dispositivos tecnológicos de protecção.

Na verdade, estes recentes desenvolvimentos trazem para primeiro plano uma problemática, que podemos caracterizar com palavras proferidas pelo Prof. Miguel Baptista Pereira no Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação em 1993 (8): “Toda a informação armazenada fica também esclerosada e isolada e, por isso, Wiener formulou o princípio da circulação, que transforma a informação num processo, de cuja paralisação decorreria a decadência social, porque a informação é o

(6) *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, Lisboa, 1994, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, IX Congresso Internacional sobre a Protecção dos Direitos Intelectuais (do autor, do artista e do produtor).

(7) Para além dos diversos Livros da Comissão Europeia, v., *inter alia.*, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, September 1995 (NII White Paper); e, mais recentemente, Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft*, 1997.

(8) *Comunicação e Defesa do Consumidor*, Coimbra, 1993.

cimento da sociedade. A conversão da informação em mercadoria armazenada com fins lucrativos é sinónimo de degradação e de enfraquecimento da corrente contínua, que deve irrigar a sociedade” (9).

2. A tecnologia digital da informática tornou possível, pois, o ciberespaço, as super auto-estradas, a rede global de informação (WWW), abreviando, a Internet. Em causa está o aparecimento de um meio de comunicação interactiva à escala global, que permite combinar as utilidades dos *media* tradicionais (imprensa, audiovisual) e as facilidades da comunicação por telefone com as potencialidades do processamento de informação dos computadores. Como denominador comum surgiu o termo multimedia.

Mas o neologismo multimedia é algo contraditório, dizendo-se mesmo que “o termo multimédia pode ser enganador [(10)]. É que o que é múltiplo neste tipo de criações são os tipos ou categorias de obras incluídas, não os média utilizados. [...] A expressão multimédia quer, portanto, significar, desde logo, que obras ou partes de obras, criadas em diferentes meios (imprensa; fotografia, audiovisual; gravações sonoras, etc) são incorporadas num único meio novo, *i. e.*, incorporadas em formato digital. [...] a digitalização, isto é, a tradução

(9) Baptista Pereira, *Filosofia da Comunicação*, p. 65.

(10) Não obstante, o termo multimedia, de uso generalizado, entrou no vocabulário do legislador, tendo sido consagrado na nova Lei da Televisão, na qual se refere o “multimedia”, juntamente com os produtores de cinema e áudio-visuais (v. art. 46.º-*b*, Lei n.º 31-A, 14-7-1998). Nos termos da nova Lei da Televisão, os “serviços de telecomunicações apenas disponibilizados mediante solicitação individual” são excluídos da noção de televisão, que consiste na “transmissão, codificada ou não, de imagens não permanentes e sons através de ondas electromagnéticas ou de qualquer outro veículo apropriado, e susceptível de recepção pelo público em geral” (art. 1.º, 2). Isso significa que a televisão se distingue dos serviços interactivos, os quais são prestados mediante solicitação individual. Não obstante, a categoria dos chamados serviços de acesso condicional é já consagrada na tipologia dos canais, através dos canais televisivos de acesso condicionado, considerando-se como tais os que “transmitam sob forma codificada e estejam disponíveis apenas mediante contrapartida específica”; sendo que não se considera como contrapartida específica nem “a quantia devida pelo acesso à infra-estrutura de distribuição, nem a quantia devida pela sua utilização (art. 7.º, 5). Ou seja, a contrapartida pelo acesso ao canal codificado acresce à quantia devida pelo acesso à rede de distribuição e pela sua utilização. Assim, por ex., o utente de televisão por cabo, para além de pagar o acesso a esta rede de distribuição e a sua utilização, deverá prestar, ainda, uma contrapartida específica pelo acesso ao canal televisivo codificado disponível através dessa rede. Sobre a “televisão digital”, v. Gamm, ZUM 1994, p. 591; Kirchner, EIPR 1995, p. 269; Kurihara, UFITA 1996, p. 93; Engel, Weisser, ZUM 1997, p. 309, 877.

de todos os sinais, todas as formas de informação, sejam palavras, números, sons, imagens fixas ou em movimento, em bits, ou seja, num código binário, está no centro do actual fenómeno multimédia. Digitalização significa, em termos simples, que os computadores usam dados e programas consistindo em séries de zeros e uns. Em resultado desta tecnologia, quase tudo pode ser armazenado de forma digital: imagens, textos, sons, música, mesmo a informação necessária para reproduzir objectos tridimensionais. Uma vez postos em formato digital, para o computador estes vários elementos são todos idênticos. Podem ser fundidos, transformados, manipulados, misturados, criando uma imensa variedade de obras novas, em que se incluem as obras multimédia” (11).

Com efeito, o *medium* não é múltiplo, mas antes único. E esse *medium* é o digital, quer se trate de produtos distribuídos no mercado “fora de linha” (por ex., uma enciclopédia em CD-ROM), quer se trate de serviços prestados no mercado em linha (por ex., vídeo a pedido) nas redes digitais globais (WWW, Internet). Para além dos discos compactos digitais e dos chamados teleserviços, a informática abriu já o ambiente digital à radiodifusão por satélite e por cabo. É a radiodifusão digital multicanais. Em breve a radiodifusão e os teleserviços serão operados numa única rede digital. Sendo que a informática permite já a interoperabilidade entre computadores e aparelhos de recepção de radiodifusão através dos chamados “computadores multimedia”. Vale isto por dizer que a informática se torna o elemento dominante do processo de convergência tecnológica, integrando as telecomunicações e o audiovisual num ambiente digital em rede (12). Acresce que a informática alarga ainda o círculo de interoperabilidade dos sistemas multimedia aos dispositivos de leitura de discos compactos de áudio e/ou vídeo (CD, CD-ROM, CD-I, DVD), cujos conteúdos podem, por essa via, entrar na rede.

E, não obstante o termo multimedia, tudo isto é possível porque o *medium* é apenas um. E esse *medium* é o digital. É esse *medium* que permite a combinação de textos, sons, imagens fixas ou animadas e outros dados através da sua compressão integrada em sequências de milhões de dígitos processados electronicamente por dispositivos tecnológicos informáticos. É esse *medium* que permite a interactividade de acesso, isto é, a transmissão em linha para o terminal de um utilizador de conteúdos informativos armazenados

(11) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 184, 177.

(12) Cfr. Downing, *EC Information Technology Law*, p. 9 s.

em bases de dados e tornados acessíveis ao público, a partir do local e no momento individualmente escolhidos. É esse *medium* que poderá permitir a interactividade de utilização, que consiste na faculdade de o utilizador manipular o conteúdo informativo ao qual obteve acesso.

Porém, é esse mesmo *medium* que através de aplicações criptográficas poderá condicionar o acesso e configurar a utilização desse conteúdo informativo em função da prestação prévia de uma determinada remuneração, naquilo que se chama o pagamento por sessão típico dos serviços de acesso condicional. É esse mesmo *medium* que pode impedir a cópia, total ou parcial, directa ou indirecta, desse conteúdo informativo (por ex., o dispositivo SCMS), como resposta para a realização, que ao mesmo tempo permite, de múltiplas cópias em série de idêntica qualidade. É, enfim, esse mesmo *medium* que permite a marcação estenográfica desse conteúdo informativo através de cabeçalhos contratuais que contêm a informação necessária para a gestão electrónica dos respectivos direitos (por ex., os conceitos “Copymart” ou CITED), *maxime* através de um balcão único, e a utilização de agentes electrónicos inteligentes que pesquisam na rede os conteúdos informativos disponíveis e as respectivas condições de utilização.

Em suma, a informática, com a sua linguagem binária, permite a digitalização de conteúdos informativos e a sua exploração em rede através dos sistemas electrónicos multimedia, num quadro de convergência tecnológica com as telecomunicações e o audiovisual, em termos de interactividade de acesso e de utilização.

3. Esta nova realidade tecnológica não parece estar abrangida nos quadros regulamentares do sistema tradicional do nosso direito de autor. Disso mesmo parece ter já dado conta o nosso legislador, por ocasião da transposição de uma directiva comunitária adoptada nesta matéria, ao considerar que: “Evitou-se a introdução de alterações profundas no corpo dos normativos do Código, por se entender que a revisão deste, se bem que necessária, representa um trabalho a realizar num horizonte de tempo mais longo” (Decreto-Lei n.º 332/97, 27-11). Por outro lado, foi recentemente proposta, entre nós, a adaptação do “enquadramento legal dos Direitos de Autor e de Propriedade Intelectual ao mundo digital, no quadro do Direito Internacional e Comunitário”, salientando-se, em especial, a definição das “condições especiais de acesso e

(13) Missão para a Sociedade da Informação, *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, 1997, p. 82. Nesta ordem de ideias, o Governo prescreveu, por

utilização da informação e dos conteúdos em formato digital por parte das escolas, bibliotecas, hospitais e instituições públicas” (13).

um lado, a obrigatoriedade de os organismos públicos se dotarem de um endereço de correio electrónico para efeitos de contacto por parte dos cidadãos e de entidades públicas e privadas, determinando, de igual modo, que à correspondência trocada por via electrónica deve ser atribuído o mesmo valor e tratamento do que à trocada em suporte papel (Resolução do Conselho de Ministros n.º 60/98). Além disso, tornou obrigatório para as direcções-gerais e serviços equiparados, bem como para os institutos públicos, a disponibilização em formato digital na Internet, a título oneroso ou gratuito, de toda a informação que seja objecto de publicação em papel (Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/99). A esta medida seguiu-se outra, acrescentando que a disponibilização da informação pública na Internet deverá ser feita de forma a permitir ou facilitar o seu acesso pelos cidadãos com necessidades especiais, de acordo com o respectivo documento orientador (Resoluções do Conselho de Ministros n.º 96-97/99). Mais recentemente foi aprovada a Iniciativa Internet — Portugal Digital sendo que nos termos do respectivo plano de acção (*Para uma sociedade do conhecimento e da informação*, Portugal Digital — Iniciativa Internet, Julho de 2000), todos os serviços públicos estarão *on-line* até 2005, prevendo-se para o efeito, entre outras medidas, a digitalização e disponibilização livre sistemática de conteúdos públicos, designadamente de bibliotecas, museus e arquivos e de instituições públicas de ensino, investigação ou formação, assim como de instituições do sistema estatístico nacional (cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000 — aprova a Iniciativa Internet e adopta o respectivo plano de acção).

Por outro lado, a exploração da informação do sector público é apontada como uma das áreas prioritárias no domínio da utilização de conteúdos digitais europeus nas redes mundiais, estando em curso medidas destinadas a expandir o fornecimento de informação, estimulando a exploração da informação no sector público (cfr. Proposta de Decisão do Conselho que adopta um programa comunitário plurianual para estimular o desenvolvimento e a utilização de conteúdos digitais europeus nas redes mundiais e promover a diversidade linguística na sociedade da informação, COM(2000) 323 final, 24-5-2000). Além disso, o problema do acesso e exploração da informação dos organismos públicos foi recentemente tratado no Livro Verde da Comissão relativo à Informação do Sector Público na Sociedade da Informação (COM(98) 585 final, 20-1-1999), cujas linhas de orientação se inspiram na *U.S. Electronic Freedom of Information Act*, 1996, tendo sido apresentada uma Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

A natureza da informação contida nestas bases de dados parece impor um princípio de acesso universal. Porém, este acesso universal não significa acesso ilimitado e incondicional, um vez que a protecção de interesses de diversa natureza justifica certas excepções ao direito de acesso. Pense-se, por exemplo, na protecção do segredo de Estado e dos dados pessoais. Entre nós, será de atender à regulamentação prevista na Lei de Acesso aos Documentos da Administração (LADA — Lei n.º 63/93, 26-8, alterada pela Lei n.º 8/95, 29-3, e, recentemente, pela Lei n.º 94/99, 16-7), tendo em conta os princípios gerais de acção a que devem obedecer os serviços e organismos da Administração Pública

Ora, justamente, estes são fins que tradicionalmente o direito de autor também serve, para além de se destinar a assegurar o controlo da utilização da obra, tutelando interesses patrimoniais e pessoais do autor ⁽¹⁴⁾. Não deverá esquecer-se também que “as ideias e teorias que estão contidas na obra são, numa óptica de direito de autor, livres” ⁽¹⁵⁾. Com efeito, nos termos de um princípio que explicitaremos, “são as obras em si mesmas que são protegidas — a sua forma ou o seu modo de expressão —, e não as ideias do autor; não podem constituir objecto de um direito de autor as ideias, os sistemas, os princípios e os métodos” ⁽¹⁶⁾.

Num tempo em que se vai acentuando a distância entre os que têm informação e os que a não têm ⁽¹⁷⁾, em que a informação constitui um bem económico que é objecto de negócios no mercado da informação, urge que essa revisão se faça em atenção às “necessidades da sociedade de informação” ⁽¹⁸⁾. Necessidades essas que, adiante-se, obstam a que a informação composta por objectos do direito de autor e direitos conexos (obras literárias e artísticas, e prestações artísticas e empresariais) seja tratada segundo uma abordagem puramente mercantilista, que não atenda, designadamente, aos interesses pessoais dos criadores e artistas, à privacidade dos utilizadores, e ao interesse geral do livre fluxo de informação.

Num tempo em que se vai afirmando o princípio de que é necessário ao direito “limitar e gerir a utilização de informação” ⁽¹⁹⁾, importa afirmar, porém, que o direito de autor não deverá ser usado para criar monopólios sobre a informação que obstem à sua livre utilização para fins de interesse

na sua actuação face ao cidadão (definidos pelo Decreto-Lei n.º 135/99, 22-4, especialmente arts. 25.º — comunicações informáticas, 26.º — correio electrónico, e art. 47.º — sistema INFOCID) e as regras de disponibilização da informação na Internet previstas nas Resoluções acima mencionadas. Sobre esta matéria poderá ver-se o nosso *Bases de Dados de Órgãos Públicos: O Problema do Acesso e Exploração da Informação do Sector Público na Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III (em publicação).

⁽¹⁴⁾ Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 6-7; v., ainda, por ex., Rehinder, *Urheberrecht* (begr. Hubmann), p. 60.

⁽¹⁵⁾ Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 26.

⁽¹⁶⁾ *ABC do Direito de Autor*, p. 23.

⁽¹⁷⁾ Nabhan, *Copyright in Cyberspace (Allocution de bienvenue)*, p. 22.

⁽¹⁸⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 485.

⁽¹⁹⁾ Katsh, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, p. 268 (“Law is a process that cannot function if there is no restriction on the acquisition of information and no means for organizing and regulating the information that is acquired.”).

geral, como sejam a informação social, o ensino, a investigação científica e a preservação da memória cultural através de arquivos; sendo ainda de equacionar a possibilidade de criar novas excepções ⁽²⁰⁾, como, aliás, veremos, consta das Declarações Acordadas no âmbito dos novos Tratados OMPI. Acresce que, mesmo numa óptica mercantil, o direito de autor não deverá entravar a livre concorrência na economia da informação, devendo antes promovê-la em respeito pela lealdade da concorrência e dos interesses dos consumidores de produtos e serviços de informação. Por outro lado, o direito de autor *proprio sensu* não cuida apenas de interesses patrimoniais, mas também de interesses morais do autor, os quais deverão ser acautelados no novo ambiente digital.

4. Mas, para além de a lei não ter sido feita para abranger a tecnologia informática, poderá o direito de autor adaptar-se a este ambiente digital dos sistemas informáticos? Ou seja, apesar de o sistema ser intencionalmente aberto às novas tecnologias, poderá o seu *corpus* normativo assimilar o novo paradigma tecnológico?

O passado do direito de autor é um processo contínuo de adaptação a novas realidades tecnológicas. Por outras palavras, “a história do direito de autor é mais um processo de reacção jurídica aos desafios da técnica” ⁽²¹⁾. A fotografia, as gravações sonoras, a radiodifusão, o cinema, são apenas alguns exemplos de meios tecnológicos que permitiram novas formas de criação e de exploração de obras. O direito de autor assimilou estas novas tecnologias, ainda que por vezes essa protecção tenha sido complementada através de direitos conexos e figuras afins.

Apesar de a adaptação do direito de autor a estas tecnologias ter requerido, por vezes, a adopção de regras *sui generis*, os seus princípios fundamentais não terão sido, no essencial, afectados. A experiência histórica do instituto parece favorecer a adaptabilidade do direito de autor ao novo ambiente digital, pois que, na verdade, “a história do direito de autor reflecte o desenvolvimento da tecnologia” ⁽²²⁾.

Porém, é legítimo perguntar se o impacto da informática, com os dados digitais e os ambientes em rede, não apresentará um carácter radicalmente diferente, capaz, por isso, de transformar ou tornar obsoleto o sistema tradi-

⁽²⁰⁾ Cfr. Visser, *Copyright Exemptions Old and News*, p. 49 s.

⁽²¹⁾ Schricker, in Schricker, *Urheberrecht*, Einl., p. 52.

⁽²²⁾ Stewart, *International Copyright*, p. 185.

cional do direito de autor. Há quem entenda, com efeito, que “o direito de autor está completamente desactualizado. É um artefacto de Gutenberg. Uma vez que é um processo reactivo, terá provavelmente que ser deitado abaixo completamente antes de ser corrigido” (23).

Na verdade, contra o argumento histórico poderá invocar-se a consideração de que o direito de autor modelado em torno da imprensa regula a reprodução e a distribuição de cópias físicas de obras, mesmo para as fotografias, os fonogramas e os filmes, ao passo que no ambiente em rede está em causa a regulação do acesso a, e a utilização de dados em formato digital. Pelo que, dever-se-á perguntar se há analogia entre o direito de autor e a nova tecnologia neste processo de superação do paradigma analógico pelo digital (24).

Como veremos a propósito dos programas de computador, por causa “de numerosas alterações que traz aos conceitos do direito de autor, a directiva suscitou inquietações junto dos juristas mas também de certas categorias de profissionais” (25). Não obstante, deve perguntar-se se existirão semelhanças suficientes entre as tecnologias tradicionais assimiladas pelo direito de autor e o novo ambiente digital em rede, ao qual se procura adaptar o direito de autor. Que funções deverá desempenhar e que feições revestirá neste novo contexto tecnológico?

5. Veremos que, em larga medida, o chamado “direito de autor na era da informação” (26) não reflecte, senão, “os problemas que depara na era da informação um sistema jurídico desenvolvido primariamente para regular questões de propriedade tangível” (27). Assim, por ex., na Alemanha o BGB define as coisas como os objectos corpóreos (§ 90 BGB), o que significa que mesmo as coisas móveis deverão ser corpóreas (*bewegliche körperliche Gegenstände*), estando “em causa os suportes de dados, mas não os puros

(23) Negroponte, *Being Digital*, p. 58.

(24) Vide Goldberg/Feder, *Copyright and Technology: The Analog, the Digital, and the Analogy*, Symposium, WIPO *Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighboring Rights*, 37 (March-April 2), 1993, in NII White Paper, p. 178, n. 505.

(25) Bellefonds, *L'informatique et le droit*, p. 29 (acrescentando, porém, ser “certo que o trabalho unificador do direito europeu não se poderia efectuar neste domínio senão ao preço de uma certa inflexão das concepções clássicas.”).

(26) Ploman/Hamilton, *Copyright in the Information Age*, 1980.

(27) Lloyd, *Information Technology Law*, p. 338.

(28) Koch/Schnupp, *Software-Recht*, p. 185.

programas imateriais enquanto tais” (28).

Toda esta problemática não é nova, remontando, essencialmente, aos anos sessenta com a afirmação dos computadores digitais híbridos, compostos por processadores digitais e memórias principais para armazenamento interno de dados e programas digitais; sendo que data de 1946 o primeiro computador electrónico digital multi-funções, assinado por Presper Eckert e John Mauchly, o ENIAC (*Electronic Numerical Integrator and Calculator*) (29). Ao tratamento automático da informação potenciado por estes computadores convencionou chamar-se, nas línguas latinas, informática, que resulta da contracção das palavras informação e automática proposta em 1962 por Dreyfus e sufragada pela Academia Francesa (*information + automatique = informatique*) (30).

Não obstante, a nível legislativo, só nos anos oitenta, com a generalização dos sistemas informáticos e o aparecimento dos computadores pessoais, é que o computador daria entrada, por via dos seus programas, na terminologia legal do direito de autor. Exemplo disso mesmo foi que aquando da revisão da lei do direito de autor nos EUA em 1976, o Congresso decidiu que o impacto das novas tecnologias, em questões como os programas de computador, as bases de dados electrónicas, a inteligência artificial e as obras geradas por computador, deveria ser objecto de mais estudo pela CONTU (*National Commission on New Technological Uses Of Copyrighted Works*), já criada em 1974 (31).

Em 1980 os programas de computador foram introduzidos no catálogo de obras protegidas pela lei do direito de autor deste país, dando origem ao direito de autor na era da informação, no que foi seguido pela generalidade dos países e pela Comunidade Europeia, tendo essa orientação sido consagrada também no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC, 1994) e, depois, no novo Tratado sobre direito de autor aprovado pela Conferência de Genebra em Dezembro de 1996 sob os auspícios da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Não obstante, tal como hoje a questão não era então pacífica, não se

(29) Cfr. Britannica, *Computers*, Vol. 16, p. 641.

(30) Cfr. Lopes Rocha, Legis 1993, p. 66.

(31) Cfr. Miller, Harvard LR 1993, p. 979.

(32) Para uma análise das teses em confronto, v., em especial, Oliveira Ascensão, ROA 1990, p. 69; no direito comparado, entre numerosas obras e autores, Luzzatto, *La crisis del 'software'*, p. 719; Lucas, JCP 1982, p. 3081; Stern, LPI 1982, p. 157; Keplinger, Dd'A 1985, p. 98; Franceschelli, Rdc 1986, p. 371; Betten, Dd'A 1986, p. 311; Ghidini,

podendo dizer que esteja encerrada ⁽³²⁾. Ainda hoje se fala, não sem razão, no “suporte lógico no país das maravilhas”, em “surrealismo jurídico”, e com isso é o próprio dualismo de oitocentos, entre direito de autor e propriedade industrial, que parece gradualmente diluir-se no quadro dos direitos da propriedade intelectual ⁽³³⁾; figura esta, aliás, que, como veremos, o nosso legislador já consagrou em 1966, aquando da aprovação do novo Código Civil ⁽³⁴⁾.

Tradicionalmente, o conteúdo técnico-científico de uma obra “não é parte da obra científica protegida” pelo direito de autor: “a fórmula linguística ou sistemática da informação servem a mediação do saber, mas apenas os conhecimentos por si aprendidos serão depois enquanto tal novamente aplicados” ⁽³⁵⁾. Ora, a protecção efectiva dos programas de computador pelo direito de autor tenderia a ser feita à custa deste princípio fundamental. Mas, como sabiamente se observou, “se se fizer a pergunta errada receber-se-á a resposta errada” ⁽³⁶⁾. E teria sido isto o que se passara com os programas de computador. Contudo, a dicotomia bem presente na decisão jurisprudencial *estadunidense* no caso *Baker v. Selden* (1879), segundo a qual “o engenho como dispositivo mecânico pode intitular-se para entrar no Patent Office, mas o *copyright* é destinado para autores, não para inventores”, esta dicotomia tende a ser superada por um apelo à protecção pelo *copyright* da chamada expressão funcional, em face de uma jurisprudência que julga os programas de computador segundo os critérios tradicionais elaborados para as obras literárias, não cumprindo, ao que se diz, a prescrição legislativa ⁽³⁷⁾.

Era já isto, aliás, que estava em causa quando se dizia “a questão não é saber se o direito de autor vai sobreviver ao programa de computador. A verdadeira questão é saber se o programa de computador vai sobreviver ao direito de autor” ⁽³⁸⁾. É ainda de registar, preliminarmente, a recente lei brasileira que consagrou um regime especial para os programas de computador,

RDI 1987, p. 97; Menell, Stanford LR 1987, p. 1329; Besarovic, Dd'A 1987, p. 146, Barbosa, Dd'A 1988, p. 205; Gaudrat, RIDA 1988, p. 77; Dietz, UFITA 1989, p. 57; Miller, Harvard LR 1993, p. 977; Samuelson/Davis/Kapor/Reichmann, Columbia LJ 1994, p. 2318.

⁽³³⁾ Vivant, *Les créations immatérielles*, p. 50.

⁽³⁴⁾ Art. 1303.º do Código Civil.

⁽³⁵⁾ Troller, *Immaterialgüterrecht*, I, p. 359.

⁽³⁶⁾ Goldstein, *Computer-Assisted and Computer-Generated Works*, p. 541.

⁽³⁷⁾ Cfr. Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1172.

⁽³⁸⁾ Goldstein, *Computer-Assisted and Computer-Generated Works*, p. 542.

dispondo que o “regime de protecção à propriedade intelectual de programas de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no país, observado o disposto nesta Lei” (39).

6. Mas, para além desta questão de base, que, apesar de todos os tratados, está hoje de novo reaberta, a informática levantou outros problemas, em razão das suas potencialidades enquanto meio de criação, produção, distribuição e utilização final de obras. A primeira manifestação deu-se com o chamado *multimedia* enquanto combinação unitária de diversos elementos informativos (texto, sons, imagem fixa e animada) sob forma digital e com faculdade de utilização interactiva. Firmou-se o *nomen* obras multimedia para designar estes produtos e serviços de informação, se bem que o termo careça de “deconstrução” (40).

Acresce que a WWW tornou possível o comércio electrónico à escala mundial destes e doutros bens protegidos pelo direito de autor e pelos direitos conexos. Na verdade, a Internet, como designação genérica para a infra-estrutura global da informação, e que na realidade consiste numa rede global de sistemas informáticos que comunicam à distância através de ligação em linha, tornou possível o mercado da informação digital no ciberespaço, com

(39) Art. 2.º, Lei n.º 9.609, de 19-2-1998, “Dispõe sobre a protecção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências”; ao mesmo tempo foi aprovada neste país a Lei n.º 9.610, de 19-2-1998, que “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.” (Diário Oficial, 20-2-1998).

(40) Garnham, *What is Multimedia?*, p. 10.

(41) Para um primeiro quadro geral de problemas, incluindo os problemas da propriedade intelectual, postos pela Internet e pelas auto-estradas da informação, a que também se chama o direito no ciberespaço, v. Davies, Crown, CL&P 1995, p. 106, 171; Müller-Hengstenberg, Endtner, Mayer, NJW 1996, p. 177, 975, 1782; Tettenborn, MMR 1998, p. 18; como monografias e colectâneas, v., em especial, Perrit, *Law and the Information Highway*, 1996; Becker (Hrsg.), *Rechtsprobleme internationaler Datennetze*, 1996; Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, 1996; Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, 1996; Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, 1997; Piette-Coudol/Bertrand, *Internet et la loi*, 1997; v. ainda, Bensoussan (dir.), *Internet, aspects juridiques*, 1996; Iteanu, *Internet et le droit*, 1996; Sédallian, *Droit de l'Internet*, 1997; Hoeren, *Rechtsfragen des Internet*, 1998; Loewenheim/Koch (Hrsg.), *Praxis des Online-Rechts*, 1998; Ribas Alejandro, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, 1999; *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, IJC 1999; Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), *Neues Recht für neue Medien*, 1998; *Direito da Sociedade da Informação*, FDUL/APDI, I, 1999; Cancellier de Olivo, *Direito e Internet: A Regulamentação do*

todos os problemas jurídicos daí decorrentes ⁽⁴¹⁾. Actualmente, como dá conta Reh binder, várias empresas, as chamadas “Virtual Corporations”,

Ciberespaço, 1999; P. Mota Pinto, *Sobre alguns problemas jurídicos da Internet*, p. 349; Rossnagel, *Recht der Multimedia-Dienste*, 1999; *Sociedade da Informação*, APDI 1999; e o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação*, 1999.

Por outro lado, diversos documentos oficiais definiram já o quadro geral de problemas dos serviços da sociedade da informação, em que assenta o comércio electrónico (veja-se, entre nós, o *Livro Verde Para A Sociedade da Informação em Portugal*, Missão para a Sociedade da Informação (MSI), 1997, Ponto 9; *Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico*, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, e o respectivo *Documento Orientador*, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99; no plano comunitário, veja-se especialmente a *Iniciativa europeia para o comércio electrónico*, COM (97) 157 final e, no direito comparado, veja-se, nos EUA, William J. Clinton & Albert Gore, Jr., *A Framework for Global Electronic Commerce*, 1997; *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, Secretariat on Electronic Commerce, 1998; a nível internacional veja-se, especialmente, o *OECD Forum on Electronic Commerce, Progress Report on the OECD Action Plan for Electronic Commerce*, Paris, Oct. 1999.

No espaço europeu, a Comissão Europeia tem sido um verdadeiro motor neste processo de adaptação do direito à nova realidade. Com efeito, em ordem à criação de um quadro regulamentar da Sociedade da Informação, traçado na sequência do Relatório Bangemann sobre *A Europa e a Sociedade da Informação* (1994), foram propostas e adoptadas diversas medidas de harmonização a nível comunitário. Assim foram adoptadas Directivas, por exemplo, sobre Bases de Dados Electrónicas (96/9/CE), Protecção de Dados Pessoais (95/46/CE), Contratos Celebrados à Distância (97/7/CE), Serviços de Telecomunicações (97/13/CE), Privacidade nas Telecomunicações (97/66/CE), Transparência Regulamentar (98/34 e 48/CE), Serviços de Acesso Condicional (98/84/CE) e Assinaturas Electrónicas (1999/93/CE). Além disso, foram apresentadas propostas de directivas sobre Direitos de Autor na Sociedade da Informação [COM(97) 628 final, 10-12, entretanto alterada, COM(99) 250 final], Comercialização à Distância de Serviços Financeiros e Instituições de Moeda Electrónica [COM(98) 297 final, 13-5], e especificamente sobre Comércio Electrónico [COM(98) 586 final, 18-11], entretanto alterada [COM(99) 427 final] e já aprovada [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”)].

Entre nós, a necessidade de se viabilizar o comércio electrónico num ambiente baseado na economia digital foi identificada no Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, elaborado pela Missão para a Sociedade da Informação. Com base nisso, o Conselho de Ministros resolveu criar a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, definindo-lhe como objectivos genericos, entre outros, a criação de um quadro legislativo e regulamentar adequado ao pleno desenvolvimento e expansão do comércio electrónico (Resolução n.º 115/98, DR n.º 201, I, Série-B, 1-9-1998). Nesse quadro incluir-se-iam

estabeleceram-se na Internet e operam apenas segundo a lógica da WWW, mediante comunicações electrónicas e documentos digitais, competindo pela sua posição no mercado ⁽⁴²⁾.

A segurança e fiabilidade exigiram medidas de protecção no que parecia ser um “espaço livre do direito” ⁽⁴³⁾. Exigiu-se um reforço dos direitos de propriedade intelectual, que o direito de reprodução e de comunicação ao público se aplicassem na WWW, bem como assim o direito de distribuição, ainda que não sujeito ao princípio do esgotamento. E, sobretudo, partindo da máxima de que “a resposta para a máquina está na máquina” ⁽⁴⁴⁾, convertida em alemão por “Die Antwort auf die Probleme der Maschine liegt in der Maschine selbst” ⁽⁴⁵⁾, o resultado pretendido era obter protecção jurídica contra mecanismos de contornamento ou neutralização de sistemas técnicos de protecção e de informação para gestão de direitos ⁽⁴⁶⁾, por alargamento da figura dos *secondary infringements*.

Nesta matéria, foi verdadeiramente pioneira a lei inglesa (§§ 297, 298, CDPA 1988), concedendo protecção jurídica às transmissões encriptadas realizadas por quem cobra remuneração pela recepção de programas incluídos numa radiodifusão ou serviço de cabo. Em especial, esta lei prevê a punição criminal contra quem, sem para o feito estar intitulado, praticar a recepção desonesta desses programas com o intuito de evitar o respectivo pagamento,

o estabelecimento do regime jurídico aplicável aos documentos electrónicos e às assinaturas digitais, bem como à factura electrónica, e um quadro base de regras harmonizadas respeitantes à segurança das transacções efectuadas por via electrónica, à protecção das informações de carácter pessoal e da vida privada, à defesa dos direitos dos consumidores e à protecção dos direitos de propriedade intelectual. Em harmonia, seriam posteriormente adoptados vários diplomas, nomeadamente, sobre a protecção dos dados pessoais (Lei n.º 67/98, 26-10, e Lei n.º 69/98, 28-10), normas técnicas (Decreto-Lei n.º 58/2000, 18-4) e bases de dados (Decreto-Lei n.º 122/2000, 4-7), destinados, no essencial, a transpor as Directivas comunitárias. Além disso, foi adoptado o regime jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais (Decreto-Lei n.º 290-D/99, 2-8), procedeu-se à equiparação da factura electrónica à factura em suporte papel (Decreto-Lei n.º 375/99, 18-9), tendo sido aprovados, a nível governamental, o Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico (Resolução do Conselho de Ministros 94/99) e, ultimamente, a Iniciativa Internet — Portugal Digital (Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000).

⁽⁴²⁾ Reh binder, *Soziologisches*, p. 91.

⁽⁴³⁾ Endtner, NJW 1996, p. 975 s.

⁽⁴⁴⁾ Clark, *The Answer to the Machine is in the Machine*, p. 139.

⁽⁴⁵⁾ Dreier, *Digitaltechnik und Urheberrecht*, p. 177.

⁽⁴⁶⁾ Vide Lehmann, *Intellectual Property and Information Infrastructures*, p. 103 s.

bem como a punição da importação, venda ou aluguer de descodificadores não autorizados, de modo a permitir que as pessoas não necessitem de pagar as taxas aplicáveis à recepção de tais programas; sendo que, nos termos da jurisprudência firmada no caso *BBC Enterprises Ltd v. Hi-Tech Xtravision* (22-7-1993), a palavra “intitulada” significa “autorizada” (47).

Além disso, pretendeu-se e obteve-se um direito especial moldado a partir das categorias do direito de autor mas destinado a proteger o puro investimento, direito esse considerado necessário para a promoção da economia do mercado da sociedade da informação, e inserível na chamada “*Informationseigentum*” (48). Tudo junto, firmou-se a categoria do direito de acesso a conteúdos informativos fornecidos mediante remuneração prévia; direito esse cujas feições seriam marcadamente tecnológicas (49).

Nesta linha, o direito de autor seria moldado nos novos Tratados OMPI segundo uma lógica de acesso condicional que anima os serviços interactivos na WWW e na radiodifusão digital, em que, definitivamente, o “telespectador deixa de ser um utilizador de um serviço, para se apresentar como consumidor, em directa relação com o seu poder de compra” (50). Porém, esta lógica é susceptível de comprometer, tendencialmente, a “função social” dos serviços de informação (51). Assim, por ex., ao invés da aquisição de cópias de jornais, a distribuição processar-se-á segundo uma lógica de serviços de leitura remunerada, ou “*Leserservice*” (52).

Nesta perspectiva, aliás, foram já apresentadas a nível comunitário duas propostas de directivas, uma destinada a harmonizar certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sequência dos novos Tratados OMPI, outra destinada a proteger os serviços de acesso condicional numa linha de continuidade com as “novas” feições do direito de autor, que reforçam o controlo do acesso às obras.

§ 2. LINHA DE ANÁLISE

1. Entre nós, o fenómeno de mutação do direito de autor decorrente das

(47) White/Bate/Johnson, *Satellite Communications*, p. 354.

(48) Wiebe, *Information als Schutzgegenstand*, p. 107.

(49) Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 57 s., 64.

(50) Almeida Rocha, *Novas tecnologias*, p. 23.

(51) Corasaniti, *Diritto e tecnologie dell'informazione*, p. 19-20.

(52) Klee, *Pressdatenbanken*, p. 74-5.

novas tecnologias foi já tratado pela doutrina. Nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão: “Novos meios técnicos de comunicação e difusão alteram hoje a base deste ramo do Direito. / À situação artesanal do autor que isoladamente cria e individualmente autoriza esta ou aquela utilização sucede a cultura de massas, em que os produtos são lançados para difusores e consumidores anónimos, sem hipótese nenhuma de se processar a autorização individual e prévia que as leis pressupõem. Toda a estrutura legal do Direito de Autor está hoje obsoleta. / Os meios técnicos provocam novos problemas. Temos a comunicação por satélite de radiodifusão directa, a «reprografia», possibilitando a reprodução incontável e em massa de documentos, a utilização de obras por computadores, a tutela dos próprios programas de computador... Por todo o lado a técnica faz surgir uma nova problemática que transborda os quadros clássicos” (53).

A evolução histórica do direito de autor confunde-se com o desenvolvimento tecnológico das obras a proteger e com o seu modo de exploração. Se, numa primeira fase, tratou-se apenas de proteger obras tradicionais do domínio da literatura, das artes plásticas e da música, surgiram depois novos tipos de obras e novas formas de exploração como as fotografias, os fonogramas, a radiodifusão audiovisual, o cinema, incluindo as novas técnicas de registo em banda magnética e em vídeo. Actualmente, o ambiente digital dos sistemas electrónicos de informação em rede constitui o novo paradigma tecnológico ao qual o direito de autor procura adaptar-se. E este novo paradigma afecta o direito de autor a vários níveis, desde o objecto ao conteúdo (pessoal e patrimonial), passando pelo sujeito e pelos modos de gestão; de igual modo o direito contratual e os direitos conexos são afectados (54).

Para Luiz Francisco Rebello, seguindo a opinião de Michel Vivant, mais do que mutação, o direito de autor estaria a ser substituído, gradualmente, por um outro direito, de feições distintas. Nas suas palavras: “A pressão económica e a evolução tecnológica, em particular no domínio da informática e das suas mais recentes derivações, entre as quais avultam a numerização e a interactividade, têm vindo a transformar o rosto tradicional do Direito de Autor, obrigando a adaptar as suas regras a novos conteúdos enquanto se não forjam os instrumentos adequados à normatização das situações supervenien-

(53) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 15.

(54) Para uma análise dos problemas que a tecnologia digital põe ao *corpus iuris* do direito de autor (e dos direitos conexos), v. ainda, Becker/Dreier (Hrsg.), *Urheberrecht und digitale Technologie*, 1994; Dreier, *Urheberrecht und digitale Werkverwertung*, 1997.

tes. Transformação que, discreta de início, se vai tornando cada vez mais violenta, ao ponto de começar a ‘abalar os fundamentos do direito da propriedade intelectual’, como advertiu Michel Vivant, ao aludir precisamente às criações informáticas, que ‘não acompanhando a sua lógica interna, dificilmente poderiam acompanhar-lhe os princípios e, na medida em que os não acompanham ou, na melhor hipótese, tomam grandes liberdades em relação a eles, é um outro direito que [...] estão a esboçar’” (55).

Em face do novo paradigma tecnológico, o problema que se põe é o seguinte: o *instrumentarium* conceitual do direito de autor tradicional elaborado por referência ao contexto da tecnologia analógica será suficiente e adequado para enfrentar o novo ambiente digital? A coerência interna do sistema poderá ser garantida com a adaptação ao ambiente digital em rede de regras excogitadas modernamente após a invenção da imprensa por Gutemberg? Será o direito de autor adequado para proteger novos objectos como os programas de computador e as bases de dados electrónicas? Servirá este instituto para regular a utilização do computador, bem como as suas repercussões na criação de obras, quer sejam obras assistidas ou, sobretudo, geradas por computador? De igual modo, resistirão as regras actuais sobre a noção de obra, a qualidade de autor e os modos de exploração e de gestão às transformações operadas, desde a distribuição de livros até à transmissão electrónica do seu conteúdo através de sistemas de informação em rede à escala global?

Com efeito, como diz Victoria Rocha, “o Direito de Autor actual tem por pano de fundo um ambiente de tecnologia analógica, um sistema económico de separação de mercados, uma fragilidade da distribuição transfronteiriça. O que explica uma certa concepção tradicional do direito de autor continental, enquanto centrado na criação individual e na protecção da literatura e das «belas artes»; explica ainda, entre outros aspectos, que a noção de territorialidade na protecção dos direitos de autor e dos direitos conexos esteja tão fortemente enraizada, bem como os mecanismos e as técnicas de exploração das obras previstos. / O contexto muda radicalmente com o advento da era digital” (56).

Por outro lado, a par com o desafio que a tecnologia digital da informática coloca ao direito de autor, assiste-se à “apropriação” deste instituto pela empresa. Na verdade, “os objectivos empresariais do Direito de Autor [são] cada vez mais nítidos [...] As leis proteccionistas do autor tornam-se ambíguas.

(55) Rebello, *Introdução*, p. 19-20.

(56) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 181.

Falam do autor, mas autores são os adquirentes de direitos, e pelo autor agem os mandatários. Essas leis protegem afinal interesses empresariais, que só casualmente coincidem com os do criador intelectual” (57). Representa esta uma outra tendência, a que poderemos chamar processo de “empresarialização” ou “mercantilização” do direito de autor, sendo especialmente acentuado por directivas comunitárias em que se nota “a tendência dos investidores para verem atribuir-se-lhes direitos e prerrogativas pertencentes aos autores. [v. por ex., art. 2.º, 3, Directiva Programas de Computador, art. 2.º, 6, Directiva Aluguer e Comodato] Esta deslocação do eixo da tutela concedida pelo Direito de Autor da criação intelectual para o investimento financeiro constitui um fenómeno iniludível, cuja evolução importa seguir atentamente” (58).

2. Temos assim uma linha de análise em que se cruzam duas dimensões. Uma, saber em que termos se tem processado a adaptação do direito de autor ao novo paradigma tecnológico, tendo em conta os tratados internacionais, as directivas comunitárias e experiências de direito comparado. Outra, compreender o sentido e limites da relação entre a criação cultural e o interesse empresarial que sustenta.

Representam, como veremos, duas dimensões que se cruzam directamente e que se desvelam pela análise das regras em matérias do objecto de protecção, do sujeito do direito e do conteúdo deste, positivo e negativo, das regras contratuais, etc. É tarefa complexa, uma vez que parece não terem sido identificados ainda os caracteres adquiridos pelo instituto neste processo de adaptação ao novo paradigma da informática e do ambiente digital da WWW. À pergunta *Num Novo Mundo do Direito de Autor?* considerava-se, justamente, que: “Um juízo futuroológico se pode, sem dúvida, arriscar: o direito de autor da informática ainda está longe de nos ter revelado os seus últimos mistérios” (59).

Ora, também não é nosso propósito desvelar os últimos mistérios do chamado “direito de autor da informática”. Procuraremos compreender, apenas, o sentido da evolução deste instituto no processo de transição de paradigma tecnológico, do analógico para o digital, sabendo que é uma realidade do dia a dia e que o modelo jurídico não deverá estar desfasado da realidade prática. Nas palavras do Prof. Pinto Monteiro: “Enquanto regra de conduta destinada a disciplinar a vida humana em sociedade, o direito

(57) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 17.

(58) Rebello, *Introdução*, p. 20.

(59) Veloso, *A informática no direito de autor*, p. 358.

não pode ignorar a realidade concreta que pretende conformar, a fim de se manter apto a ajuizar correctamente dos problemas e a fornecer resposta actualizada às renovadas necessidades práticas da vida. Só desta forma se evitará o divórcio entre o direito e a vida e se impedirá a ‘revolta do factos contra o código’” (60).

Nessa medida, não se deverá transpor, sem mais, o *instrumentarium* conceitual tradicional concebido em torno do anterior paradigma tecnológico. Antes pelo contrário este deverá ser desenvolvido em atenção às especificidades da informática e do ambiente digital e interactivo, falando-se, a propósito, com propriedade, na “reconceptualização” do direito de autor (61). Se a técnica pode auxiliar o controlo e o cálculo das utilizações individuais, não deverá esquecer-se, sob pena de cairmos no anunciado “Urheberrecht ohne Urheber” e na transformação do direito de autor, de direito da cultura num mero direito da indústria (62), que a *raison d’être* do direito de autor gravita em torno do criador.

Acresce que, ao contrário da radiodifusão e da sua cultura de consumo em massa, os sistemas informáticos em rede permitem o estabelecimento de um laço entre a utilização individual e a obra individual. O que, no quadro das medidas de carácter tecnológico de protecção e das informações digitais para a gestão de direitos, sustenta-se poder tornar possível o reencontro do direito de autor com os seus princípios, reforçando-o (63). Além disso, como refere Reinbothe: “Hoje temos o ciberespaço, a sociedade de informação, autoestradas, etcetera — ‘a agenda digital’ como foi chamada pelos nossos colegas Americanos — mas há muito mais no direito de autor. O assunto da sociedade de informação é apenas um entre muitos no contexto do direito de autor” (64).

Todavia, não deverá esquecer-se que, como linha de princípio, em razão do seu fundamento de promoção da liberdade de criação cultural, o direito de autor prossegue, de igual modo, fins de interesse geral, os quais justificam determinados limites, como sejam as regras da utilização livre para fins de informação, arquivo, ensino ou investigação; limites cujo apagamento não

(60) Pinto Monteiro, *Inflação e direito civil*, p. 5.

(61) Christie, EIPR 1995, p. 522 s.

(62) Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 142.

(63) Dreier, *L’analogie, le digital et le droit d’auteur*, p. 131.

(64) Reinbothe, *The European Union’s approach*, p. 38.

(65) Cfr. Oliveira Ascensão, *E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo*, p. 11; Idem, *Sociedade da Informação*, p. 167.

deverá ser justificado por esse “slogan” que a sociedade da informação é (65). Pois que, nem tudo o que é tecnologicamente possível e economicamente sustentável, será juridicamente admissível. Em suma: “A resposta para a máquina não está apenas na máquina, mas pode ser encontrada apenas numa abordagem multilateral combinando todos os aspectos do lazer, direito de autor e direito das telecomunicações” (66).

3. Entre nós, a relação entre a informática e o direito de autor tem sido objecto de diversas abordagens. Em traços gerais, adoptaremos como linha de análise a orientação proposta pelo Prof. Oliveira Ascensão no âmbito da sua obra fundamental sobre Direito de Autor e Direitos Conexos, onde esta problemática já foi desenvolvidamente tratada no quadro de uma análise exaustiva do instituto (67). De acordo com esta orientação, são identificáveis, principalmente, “quatro grandes temáticas: / o estatuto da obra criada por computador; / a tutela do próprio programa de computador; / a utilização informática de obras literárias ou artísticas; / a protecção da própria base de dados” (68).

Assim, podemos dizer que a informática atinge o direito de autor ao nível das suas noções fundamentais, como sejam a obra, o autor e o modo de exploração e gestão. Antes, porém, de tratar essas temáticas em face da nossa lei, vamos considerar os recentes desenvolvimentos a nível internacional e comunitário que contemplam justamente esta problemática. Veremos que a adaptação do direito de autor ao novo paradigma tecnológico foi já contemplada em tratados internacionais. Por seu turno, é de destacar a adopção, a nível comunitário, de diversas medidas de harmonização nesta matéria, bem como a apresentação de propostas que integram os desenvolvimentos internacionais.

(66) Hoeren, *Legal Aspects of Multimedia*, p. 62.

(67) Seguiremos de perto a referida obra do Prof. Oliveira Ascensão, cuja reconhecida importância científica, não apenas entre nós, para o estudo do Direito de Autor, juntamente com outras obras de carácter doutrinal sobre o instituto, permitiriam retirar actualidade ao entendimento segundo o qual: “A amarga verificação expressa pelo Visconde de Carnaxide no seu *Tratado da Propriedade Literária e Artística*, publicado em 1918 [...], de que ‘a nossa bibliografia sobre propriedade literária, directamente ou como acidente de algumas questões ou problemas, pouco se avanta à indigência absoluta da jurisprudência prática sobre o assunto’, não perdeu ainda, infelizmente, a sua inteira razão de ser, apesar das mais de sete décadas que entretanto decorreram.” (Rebello, *Introdução*, p. 22).

(68) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 472.

Vamos centrar-nos, sobretudo, na análise do regime jurídico de programas de computador, bases de dados electrónicas e dispositivos tecnológicos de identificação e protecção (criptografia, estenografia), que constituem aspectos essenciais do ambiente digital em que operam os sistemas informáticos em rede. Antes, porém, de analisar os traços do quadro jurídico dos sistemas electrónicos de informação, procuraremos tratar os problemas entre nós, isto é, saber que respostas poderá dar o nosso direito de autor. Para o efeito, faremos uma breve análise deste instituto em face da nossa ordem jurídica, procurando compreender os seus princípios fundamentais e o sentido das soluções que consagra.

4. O título da dissertação delimita o nosso objecto. É, certamente, um tema amplo e complexo. A informática, como denominador comum do novo paradigma tecnológico, atinge verticalmente o direito de autor, exigindo quase uma re-codificação do instituto. Isso impõe-nos um esforço acrescido, uma vez que não apenas teremos que compreender os caracteres tradicionais do instituto, mas também apurar o sentido positivo desta evolução.

Porventura, parecerá hoje um pouco desactualizado falar em informática e direito de autor. Melhor seria, talvez, falar em “multimedia” e “direito da informação”. Por um lado, a informática não seria mais do que um aspecto do multimedia, ao qual se juntariam as telecomunicações, o audiovisual e as demais tecnologias da informação e da comunicação.

Por outro lado, não falta quem anuncie a diluição do direito de autor num genérico direito da informação e, mesmo, a “morte” do direito de autor ⁽⁶⁹⁾. Isto é, o direito de autor seria apenas uma das formas de protecção de conteúdos informativos, que seriam explorados, à escala global, nos sistemas electrónicos de informação multimedia. No ambiente digital em rede, a informação seria a matéria prima, sendo protegida a sua exploração mercantil através do direito da informação. Haveria, certamente, informação sensível. O direito de autor, juntamente com a protecção dos dados pessoais, teria por função tutelar aspectos remanescentes da pessoa humana. Tudo isto, porém, seria diluído numa nova categoria: o direito da informação; ou, numa nota mais

⁽⁶⁹⁾ Vide Cohen, JCS 1987, p. 380; Turkewitz, JCS 1990, p. 41.

⁽⁷⁰⁾ Sobre o chamado direito da informação ou das tecnologias da informação, entre nós, Eduarda Gonçalves, *Direito da informação*, 1994; para o direito comparado, v. Catala, D. 1984, p. 97; Mackay, DIT 2/1986, p. 75; Corapi, *Diritto e tecnologie dell'informazione*, 1990; Marett, *Information Law*, 1991; Corasaniti, *Diritto dell'informazione*, 1992; Bell Mallen/Corredoira y Alfonso, Consido, *Derecho de la información*, 1992; Lloyd, *Information Technology Law*, 1993; Downing, *EC Information Technology Law*, 1995; v. ainda,

tecnológica, o direito das tecnologias da informação ⁽⁷⁰⁾.

Direito esse que estaria ao serviço, em primeira linha, dos interesses da economia da informação digital. Os objectos protegidos pelo direito de autor seriam, apenas, um dos vários conteúdos informativos explorados no mercado da informação. A informação, assim amplamente concebida, seria erigida em bem económico negociável. Os autores, que criam obras literárias e artísticas, não seriam mais do que produtores de conteúdos informativos, os quais, por seu turno, seriam distribuídos por via tradicional e pela WWW ao público consumidor, que satisfaria as suas necessidades “espirituais” de consumo de informação ⁽⁷¹⁾. Como escreve Eduarda Gonçalves, em defesa do direito da informação, “o critério subjacente a esta delimitação de campos normativos é basicamente tecnológico e pressupõe uma distinção suficientemente clara entre os diferentes tipos de tecnologia. Ainda que se verifique, sem dúvida, um certo grau de especificidade nas questões jurídicas suscitadas pela utilização das tecnologias da informação, das tecnologias da telecomunicação e dos serviços telemáticos de *per-si*, é-se forçado a reconhecer que eles tendem a formar um sistema integrado e interactivo. A nosso ver, mais do que fragmentar o direito emergente e a sua análise atendendo aos *meios técnicos* — que não são afinal mais do que instrumentos da acção e das relações humanas —, ênfase deve ser colocada na dimensão económica, social e política das transformações em curso. E no seu âmago encontra-se a informação e a comunicação enquanto bens sociais e económicos. O quadro oferecido pelo *direito da informação* facilitará, assim, um olhar diferente sobre todo esse conjunto normativo” ⁽⁷²⁾.

Sem pretendermos negar esta realidade, parece-nos, todavia, que faz todo o sentido tratar o fenómeno pela óptica da informática, uma vez que está na base dos sistemas electrónicos de informação, que operam em rede na Internet. É a informática, como vimos, que torna possível o fenómeno da convergência tecnológica, reunindo as telecomunicações e o audiovisual num só *medium*: o

Chamoux (dir.), *L'Appropriation de l'Information*, 1986; Faultrier-Travers, *Aspects juridiques de l'information*, 1991; Druey, *Information als Gegenstand des Rechts*, 1995; Heymann (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz*, 1995; Fiedler/Ullrich (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, 1997.

⁽⁷¹⁾ Para uma análise da economia da informação, v. Weber, *Wirtschaftrechtliche Ordnung*, p. 117 s.; Mackaay, *The Economics of Emergent Property Rights on the Internet*, p. 13 s.; Pethig, *Information als Wirtschaftsgut*, p. 1 s.

⁽⁷²⁾ Eduarda Gonçalves, *Direito da informação*, p. 18.

⁽⁷³⁾ Hilty, *Der Information Highway*, p. 21 s.

digital (73). É justamente à informática que se deve toda a problemática da exploração de obras e outro material protegido sob forma digital. Acresce que, como se escreveu recentemente entre nós, em resposta à pergunta *Quo Vadis Direito de Autor da Informática?*, “continua a faltar percorrer um longo caminho na defesa do Direito de Autor da Informática face às possibilidades oferecidas pela informática. [...] Os desenvolvimentos da compressão de dados, da capacidade de armazenamento e da fidelidade dos conteúdos veiculados pela Internet, bem como a massificação da utilização desta e, no futuro, das auto-estradas da informação, só prometem novos desafios ao legislador” (74).

Por outro lado, a limitação do nosso objecto ao direito de autor (e aos direitos conexos) significa que não vamos tratar de outras problemáticas que fazem parte do referido direito da informação. Nomeadamente, está fora do âmbito deste trabalho o problema da protecção de dados pessoais, definidos pela nova Lei da Protecção de Dados Pessoais como “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável” (art. 3.º-a) (75). Uma outra problemática suscitada pela informática que não

(74) Rui Saavedra, *Software e a Internet*, p. 406-7.

(75) Lei n.º 67/98, de 26-10, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24-10-1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados, e revoga as Leis n.ºs 10/91, de 29-4, e 28/94, de 29-8 (art. 51.º), tendo já entrado em vigor (art. 52.º). Sobre a protecção de dados pessoais, v., entre nós, Garcia Marques, *Informática e vida privada*, 1988, *Lei de Protecção de Dados Pessoais*, 1991; Reis Marques, ROA 1989, p. 979; Seabra Lopes, Garcia Marques, Legis 1993, p. 9, 37; no direito comparado, entre numerosas obras e autores, v. Alpa, *Privacy e statuto dell'informazione*, p. 193; Vivant, RIDE 1988, p. 255; Giannantonio, DII 1991, p. 74; Zeno-Zencovich/Zoppini, Losano, DII 1992, p. 755, p. 867; Mirabelli, DII 1993, p. 609; Tinnefeld, NJW 1993, p. 1117; Gola, NJW 1996, p. 3312; Bergmann/Möhrle/Herb (Hrsg.), *Datenschutzgesetz*, 1977; Dohr/Weiss/Pollirer, *Datenschutzgesetz*, 1988; Ellger, *Der Datenschutz*, 1990; Dörr/Schmidt, *Neues Bundesdatenschutzgesetz*, 1992; Dammanann/Simitis, *Bundesdatenschutzgesetz*, 1995; Wohlgemuth, *Datenschutzrecht*, 1997.

Para além Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, 26-10, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados) e do Regime do tratamento dos dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações (Lei n.º 69/98, 28-10, que transpõe a Directiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997), vejam-se também os

poderá ser senão referida, diz respeito à inteligência artificial e aos sistemas peritos, embora se retenha que, na mesma linha de preocupações, “a informática não é neutra. Ela carrega em si mesma a cultura que a gerou. A linguagem, nos seus aspectos sintácticos e semânticos, vai sofrer uma extraordinária influência dos sistemas de recolha automática e de serviços de informação” (76).

Focaremos já o problema das chamadas “artes cibernéticas”, mormente no que respeita ao estatuto da obra produzida por computador. Interessa-nos, pois, tratar questões que a informática põe ao direito de autor, resistindo à sua diluição num genérico direito da informação. Problemas esses que afectam não apenas o sujeito e o objecto do direito de autor, mas também o seu conteúdo e modo de exploração. Nesse quadro de problemas, daremos especial atenção à protecção dos programas de computador, que traduz o primeiro encontro do direito de autor com o ambiente digital. Trataremos, de igual modo, das bases de dados e do mercado da informação, bem como de novas questões colocadas pelo chamado multimedia, *maxime* no âmbito da adaptação do direito de autor à Internet e às auto-estradas da informação, isto é, à infra-estrutura da sociedade da informação (77).

5. De um modo geral, a protecção dos programas de computador pelo direito de autor suscitou e continua a suscitar muitas objecções. Para alguns foi apontado como um bom exemplo do processo geral de adaptação do direito ao progresso técnico (78). Não obstante, o *software* comportava um risco de desnaturação do direito de autor, perguntando-se se não seria um “cavalo de Troia” que dera entrada pelas portas do instituto (79). Depois, como

diplomas especiais: Decreto-Lei n.º 309/98, 14-10 (regulamenta a manutenção de uma base de dados pessoais pela Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna no âmbito da actividade de segurança privada); Lei n.º 62/99, 2-3 (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos em matéria de identificação criminal e de contumazes da Direcção-Geral de Serviços Judiciários); Decreto-Lei n.º 352/99, 3-9 (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos da Polícia Judiciária); Decreto-Lei n.º 395/99, 13-10 (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos dos Institutos de Medicina Legal de Lisboa, Porto e Coimbra). Sobre esta matéria, *vide* Faria Costa, *Telecomunicações, vida privada e outros bens jurídicos pessoais*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, p. 47; Amadeu Guerra, *Telecomunicações e protecção de dados*, p. 107; Pais de Vasconcelos, *Protecção de dados pessoais e direito à privacidade*, p. 241.

(76) Oliveira Brizida, *apud* Ellger, *Der Datenschutz*, p. 73.

(77) Schid, *Der Information Highway als Infrastruktur des Informationsgesellschaft*, p. 65 s.

(78) Lamberterie, *ArPD* 1991, p. 155.

(79) Dietz, *UFITA* 1989, p. 57 s.

veremos, em contrapartida, a escolha de um direito especial para as bases de dados parece ter salvaguardado o direito de autor, embora acabe por remetê-lo para o estatuto de custo de produção no mercado da informação. Com o multimedia, as obras que o direito de autor tradicionalmente protege, como sejam imagens fixas ou animadas, textos, música, surgem, agora, reunidas unitariamente sob forma digital, com possibilidade de utilização interactiva, e distribuídas, também, em redes de sistemas informáticos, *maxime* a Internet ou WWW.

E, com tudo isto, está o instituto em processo de adaptação ao novo ambiente tecnológico, estando já em curso a nível internacional, comunitário e nacional medidas para a adequação do direito de autor à nova realidade. Todavia, a existência de redes, que facilitam a difusão e a exploração de obras à escala global, gerando verdadeiramente um “arquivo electrónico universal”⁽⁸⁰⁾, põe vários problemas ao controlo dessa exploração, em razão, nomeadamente, da tendencial ausência de suportes materiais. Por isso se escreveu que “a ausência de velhos contentores, praticamente tudo o que pensamos saber sobre propriedade intelectual está errado. Teremos que desaprender isso. Vamos olhar para a informação como se nunca tivéssemos ouvido falar disso antes. A protecção que se vai desenvolver basear-se-á mais na ética e na tecnologia do que na lei”⁽⁸¹⁾.

AB VNO AD OMNES

⁽⁸⁰⁾ Geller, IIC 1994, p. 423.

⁽⁸¹⁾ Barlow, *Selling Wine Without Bottles*, p. 186.

Porém, o estado de “anarquia em linha” ou de “woodstock electrónico” terá, na opinião de muitos, os seus dias contados. Em ordem a implementar os Tratados OMPI, nos EUA, principal país das indústrias de *copyright*, foi já aprovada legislação (*The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, Oct. 28, 1998 — DMCA), a qual, entre outros aspectos, prevê como sanções adequadas à dissuasão da cultura “hacker” a pena de prisão até dez anos ou pena de multa de 1 milhão de dólares, para os casos reincidentes de contornamento de medidas tecnológicas destinadas a impedir o acesso (em linha ou fora de linha) às obras cifradas. A faculdade de acesso parece ser, deste modo, incluída nos poderes do titular de *copyright* (*vide*, porém Oliveira Ascensão, ROA 1998, p. 1077, sustentando que “quaisquer que possam estar em causa serão do produtor.”). Sobre a DMCA, *vide*: *The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, U.S. Copyright Office Executive Summary, December 1998; Ginsburg, RIDA 1999, p. 21; Samuelson, BTLJ 1999, p. 520; e os nossos *Internet, direito de autor e acesso reservado*, p. 268; *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, BFD 1999; e *Tecnodigital Property for Cyberspace: Copyright Issues of Electronic Commerce in the Information Society*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce*, 2000.

Estas e outras posições mais drásticas fizeram coro no “requiem” ao direito de autor, num estado de “euforia” no sentido de “o direito de autor morrer e ser enterrado tão depressa quanto possível.” Como dá conta Ficsor: “As discussões sobre o impacto da tecnologia digital no direito de autor passaram por três fases. Primeiro, houve uma fase de euforia, por um lado, e uma espécie de pânico por outro. Disse-se que o direito de autor deveria ser alterado radicalmente, que estaria desactualizado e o único dever que lhe restaria cumprir não seria mais do que morrer e ser enterrado tão fundo quanto possível. A segunda fase foi uma espécie de antítese a esta tese radical. De um extremo passou-se a outro, e respondeu-se que nada deveria ser mudado, que o direito de autor poderia continuar a existir sem qualquer revisão: as regras existentes deveriam continuar a ser aplicáveis, uma vez que a tecnologia digital não seria tão importante que fosse necessário tratar o seu impacto jurídico a nível internacional e nacional. A terceira fase foi a fase da síntese: assumiu-se a necessidade de introduzir mudanças, as quais, todavia, fundamentalmente, deveriam consistir apenas numa adaptação do sistema às novas exigências, não sendo necessária uma transformação básica do sistema do direito de autor” (82).

(82) Ficsor, *Latest Developments*, p. 29-30. O processo de digitalização do direito de autor começou “ocultamente” com o *software*, tornou-se visível com o multimedia e afirmou-se definitivamente com a Internet. Na última década o desenvolvimento das tecnologias da informação gerou o que poderá ser qualificado, como se anunciou, uma revolução (Forester, *The Information Technology Revolution*, 1990). Mudou o *modus vivendi*, o *modus comunicandi*; as novas possibilidades da técnica tornaram possível o “admirável novo mundo” do ciberespaço. As obras protegidas pelo direito de autor são o bem que, por excelência, pode ser utilizado no novo contexto tecnológico, porquanto são redutíveis a informação enquanto sequências de dados digitais processáveis e comunicáveis pelos computadores no ambiente digital dos sistemas electrónicos em rede. Ao mesmo tempo potencia novas formas de criação e de exploração do material protegido em termos que, se não deitam por terra os princípios fundamentais do direito de autor, pelo menos exigem um esforço de re-compreensão desses mesmos princípios, de molde a tornar possível a adaptação do instituto ao paradigma tecnológico emergente. Quando falamos em digitalização do direito de autor queremos com isso significar mutação do código conceitual em que assenta. Esta tarefa de re-compreensão do direito de autor em face das novas tecnologias tem sido objecto de múltiplas abordagens. Para uma primeira referência, entre numerosos estudos sobre esta matéria, v., por ex., Doi, *Waseda BCL* 5/1986, p. 1; Dietz, *RIDA* 1988, p. 23; Samuelson, *Rutgers LJ* 1990, p. 323; Ginsburg, *Columbia LR* 1990, p. 1865; Brown, *CLJ* 1991, p. 29; Goldstein, *UFITA* 1993, p. 5; Dreier, *GRUR Int.* 1993, p. 742; Geller, *RIDA* 1994, p. 3; Rogel Vide, *RDP* 1996, p. 699; Rumphorst, Laddie, *EIPR* 1996, p. 79, 253.

Tradicionalmente, as novas tecnologias sempre foram consideradas como uma ameaça à sobrevivência do direito de autor. Pense-se, por ex., na radiodifusão e no regime das autorizações genéricas. Actualmente, estas mesmas tecnologias oferecem aos titulares de direitos meios que lhes possibilitam não apenas pré-definir a utilização consentida das suas obras, mas também estabelecer um laço directo com o utilizador final e obter, ao mesmo tempo, uma remuneração por cada utilização. Vale isto por dizer que os novos meios tecnológicos permitem aos autores e aos titulares de direitos recuperar o controlo que lhes terá escapado, em benefício dos intermediários tradicionais (por ex., editores, empresários de espectáculos públicos, produtores de filmes e fonogramas, organismos de radiodifusão, as próprias entidades de gestão colectiva). Assim, as protecções técnicas reforçam a exclusividade jurídica através de uma exclusividade técnica, permitindo reforçar a eficácia do direito exclusivo ⁽⁸³⁾.

Porém, simultaneamente, as novas tecnologias colocam sérios desafios ao direito de autor, uma vez que reforçam, de igual modo, os meios de pirataria. Contudo, esta não impede a exploração comercial das criações protegidas pelo direito de autor, acrescendo que os dispositivos técnicos de protecção reforçam os meios de luta contra a pirataria.

Mas, ao mesmo tempo que surgem sistemas sofisticados de controlo da utilização das obras, suscitam-se questões que atingem os princípios de base e a própria razão de ser do direito de autor: a fronteira entre público e privado é posta em causa no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede; a noção de domínio público é comprometida através de direitos *sui generis* sobre informação e dos sistemas de protecção técnica. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para o problema do estatuto das chamadas excepções ao direito de autor, quer quanto à sua natureza imperativa, quer, sobretudo, quanto a saber se as barreiras técnicas poderão contornar o interesse público que prosseguem ⁽⁸⁴⁾.

Sendo que, neste processo, o direito de autor reveste feições marcadamente empresariais e concorrenciais, no que é acompanhado pelo florescimento de uma lógica de protecção do puro investimento, em que o direito de autor se torna um mero “a propósito” da regulamentação jurídica do emergente mercado da informação. Acresce que, como escreveu Santilli, na abertura do tratamento da problemática do direito de autor na sociedade da informação: “No quadro

⁽⁸³⁾ Cfr. Lucas, *Le droit d'auteur et protections techniques*, p. 347.

⁽⁸⁴⁾ *Vide*, por ex., Samuelson, *Role of Copyright*, p. 42.

da sociedade dominada por meios de comunicação de massa, a titularidade da criação intelectual tende a perder-se nas políticas tecnológicas das empresas e mais em geral nos valores de exploração empresariais e do mercado da sociedade industrial” (85).

6. Ora, tudo isto é mais do que suficiente para merecer da nossa parte uma investigação dedicada ao problema da adaptação do direito de autor ao novo paradigma tecnológico; paradigma este que, a nosso ver, é carregado no ventre da informática, com os seus computadores digitais. Beneficia a nossa investigação de um horizonte de direito positivo muito amplo, em que são de destacar tratados internacionais e directivas comunitárias. A tudo isto se juntam propostas recentes de medidas de harmonização comunitária.

Procuraremos compreender o sentido da evolução do instituto através de uma análise problemática dos regimes jurídicos, tendo em conta os textos legais, as opiniões doutrinárias e as decisões jurisprudenciais. Como ponto de partida não adoptaremos uma perspectiva nem optimista, nem pessimista. Ainda recentemente, na linha da documentação das entidades oficiais, em especial da UE e dos EUA, foi proposta, entre nós, a primeira abordagem. Nas palavras de Victoria Rocha: “A polémica foi lançada com a inclusão dos programas de computador no Direito de Autor, abrangidos na categoria das obras literárias. Os defensores de uma visão ‘clássica’ do Direito de Autor continental (*Droit d’Auteur*) continuam a insistir que são ‘cavalos de Troia’ ou vírus, que subvertem os quadros do Direito de Autor ao serviço da indústria, fazendo-o degenerar numa espécie de direito comum da propriedade intelectual. [...] Para estes autores os programas de computador deveriam antes ser protegidos no domínio das patentes, ou como direitos *sui generis*. / Não partilhamos desta opinião. [...] A história do Direito de Autor e dos Direitos Conexos consiste numa série de reacções e adaptações do mundo jurídico às evoluções técnicas. Portanto, aplicar o Direito de Autor a novas tecnologias é um problema familiar. Aliás, vemos o problema precisamente ao contrário. [...] As novas situações levá-lo-ão a ganhar contornos novos, sem que, todavia, mude radicalmente a sua natureza. / Estamos, portanto, confiantes de que o Direito de Autor da era de Gutenberg [...] tem capacidade e meios para se adaptar às exigências colocadas pela revolução digital sem perder os seus contornos específicos” (86).

(85) Santilli, *Il diritto d'autore nella società dell'informazione*, p. 1.

(86) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 182-3.

Esta é, portanto, uma perspectiva declaradamente otimista. Antes de adotarmos vamos, primeiro, por via da análise do regime jurídico, compreender os fundamentos que animam o direito de autor e as funções que historicamente desempenha. Ver, depois, os termos em que o instituto tem sido moldado, *maxime* no quadro da harmonização comunitária, ao novo paradigma tecnológico, sendo de destacar os programas de computador, as bases de dados electrónicas e as regras propostas, com especial atenção para o conteúdo de certos direitos (*v. g.*, reprodução, comunicação ao público, distribuição) e da tutela dos sistemas técnicos de protecção e identificação, na sequência dos novos Tratados OMPI. Claro que, tudo isto, pressupõe saber o que se entende por direito de autor da era de Gutenberg: os “privilégios de impressão” ou a “propriedade intelectual”?

Em suma, não é nosso propósito nem fazer o elogio à aptidão metamorfósica do direito de autor nem escrever-lhe um *requiem* na era dos bits dos computadores digitais de Eckert e Mauchly. Trata-se, apenas, de fazer uma análise problemática do direito de autor em devir, esboçando a linha das suas margens. Tudo isto, sabendo que o direito de autor pre-existia não apenas aos computadores digitais mas também à tecnologia dos caracteres móveis de impressão. Como escreve Groves, referindo-se à experiência britânica: “A introdução da imprensa foi um acontecimento da maior importância — provavelmente o acontecimento mais significativo — na história dos direitos de autor. Mas, [...] a invenção da impressão e a da noção de direitos de autor não foram simultâneos. Plowman e Hamilton [*Copyright*, 1980] detectaram as origens dos direitos de autor muito antes de Gutenberg; e um longo período separou a primeira imprensa escrita e a primeira ‘lei’ de direitos de autor. Mesmo nos tempos medievais [...] a noção de direitos de autor não estava completamente ausente. A preservação e o desenvolvimento de obras intelectuais estava nas mãos dos mosteiros, cujos frades eram simultaneamente autores, investigadores e copistas, sendo que no decurso do seu trabalho foram obscurecidas ou perdidas obras originais e proveniências. Mesmo assim, foi neste período que, no primeiro julgamento registado sobre direitos de autor, o rei irlandês Dermott, com as palavras: “To every cow her calf, and consequently to every book its copy”, sustentou que Columba tinha apropriado ilicitamente a colectânea de salmos do seu antigo professor, Abbot Finnion, fazendo uma cópia dela” (87).

(87) Groves, *Copyright*, p. 11. Sobre a origem, evolução e funções históricas do instituto, *v. por ex.*, Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, 1968; Dock, *RIDA* 1974, p. 127.



PARTE I

ESTADO ACTUAL DA QUESTÃO:
TECNOLOGIA, AUTORIA E PROPRIEDADE

AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



CAPÍTULO 1.º

CRÓNICA DE UMA METAMORFOSE ANUNCIADA

- § 3. Genebra, Dezembro de 1996: os Novos Tratados OMPI
- § 4. Bruxelas, Dezembro de 1997: Proposta de Directiva
- § 5. Marrakesh, Abril de 1994: Acordo ADPIC (Revisitado)
- § 6. Economia da Informação: Balanço de Interesses
- § 7. Propriedade e Direito de Autor na Sociedade da Informação
- § 8. Acervo Comunitário em Direito de Autor e Direitos Conexos
- § 9. Convenção de Berna: “Magna Charta do Direito de Autor”
- § 10. Harmonização e Tradições Nacionais: *Droit d’auteur v. Copyright*
- § 11. Resumo e Sequência



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



§ 3. GENEVRA, DEZEMBRO DE 1996: OS NOVOS TRATADOS OMPI

1. A Conferência Diplomática sobre certas questões relativas ao direito de autor e aos direitos conexos, realizada em 20 de Dezembro de 1996, em Genebra, sob os auspícios da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), adoptou dois novos Tratados: o Tratado OMPI sobre o direito de autor e o Tratado OMPI sobre prestações e fonogramas. Adoptou, ainda, dois documentos interpretativos: as Declarações Acordadas respeitantes aos novos Tratados da OMPI. Relativamente a um terceiro Tratado sobre um direito *sui generis* de propriedade intelectual respeitante às bases de dados, embora constasse da proposta de base, a Conferência Diplomática limitou-se, porém, a adoptar uma Recomendação sobre trabalhos futuros da OMPI com vista à preparação de um Tratado sobre a propriedade intelectual respeitante às bases de dados ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾ No texto da Recomendação nota-se, expressamente, que um tratado sobre um sistema *sui generis* não foi negociado ou adoptado pela Conferência, embora se expresse interesse em aprofundar as implicações e benefícios possíveis de um tal sistema de protecção das bases de dados no plano internacional. Reconhece-se que as bases de dados são um instrumento vital no desenvolvimento da infraestrutura global da informação (IGI) —, bem como, a importância de promover o seu desenvolvimento. Aponta-se, todavia, a necessidade de obter um equilíbrio entre os interesses dos produtores de bases de dados na protecção contra a cópia desleal e os interesses dos utilizadores em terem acesso apropriado aos benefícios da IGI. Por outro lado, a probabilidade de não adopção deste último tratado estava presente nas palavras do Director Geral da OMPI: “Com base nas deliberações do Comité de Peritos, assume-se que o objectivo da Conferência Diplomática será adoptar um ou mais tratados sobre questões de direitos de autor, sobre questões de dois tipos de direitos conexos (um respeitante aos artistas intérpretes e executantes, o outro relativo aos produtores de fonogramas) e, talvez, também sobre questões respeitantes à protecção *sui*

Com a adopção dos novos Tratados OMPI, visaram as partes contraentes promover e assegurar, de forma tão eficaz e uniforme quanto possível, a

generis das bases de dados.” (*Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference prepared by the Chairman of the Committees of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention and on a Possible Instrument for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms, Memorandum Prepared by the Chairman of the Committees of Experts*, 13.).

A proposta não adoptada correspondia, no essencial, ao direito *sui generis* instituído na União Europeia (v. Directiva Bases de Dados, arts. 7.º *et seq.*). O legislador comunitário inspirou, aliás, a Proposta dos Estados Unidos da América sobre a protecção *sui generis* das bases de dados, a qual foi apresentada no Comité de Peritos (6.ª Sessão, 22/24-05-1996), ao mesmo tempo que, internamente, era introduzida no Congresso o *Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act* (HR 3531: May 23, 1996), que, à semelhança da proposta de Tratado, acabaria por não ser aí adoptado. Não obstante, a protecção *sui generis* das bases de dados foi, posteriormente, objecto do Encontro Informativo sobre a Propriedade Intelectual nas Bases de Dados, realizado entre 17 e 19 de Setembro de 1997, em Genebra, sob os auspícios da OMPI, em cujo relatório pode ler-se, *inter alia*, que: a necessidade deste tipo de protecção não é consensual; devem ser exploradas vias de tutela já existentes; a importância do acesso livre e aberto à informação, especialmente no domínio do interesse público, como seja a ciência, a educação e a segurança nacional; a necessidade de conciliar os direitos e interesses dos titulares de direitos com o interesse público, incluindo os sectores da ciência, da investigação e da educação, sem esquecer o papel das bibliotecas.

Nos EUA, em ordem a alterar o título 17 U.S. Code, que contém o Copyright Law, deu entrada no Congresso o *Collections of Information Antipiracy Act* (HR 2652: October 9, 1997), prevendo, *inter alia*, a responsabilidade de qualquer pessoa que extrair, ou utilizar no comércio, toda ou uma parte substancial de uma colectânea de informação recolhida, organizada, ou mantida por outra pessoa através do investimento de recursos monetários substanciais ou outros, de modo a prejudicar o mercado actual ou potencial da outra pessoa em relação a um produto ou serviço que incorpore essa colectânea de informação e seja oferecida por essa pessoa no comércio (“Any person who extracts, or uses in commerce, all or a substantial part of a collection of information gathered, organized, or maintained by another person through the investment of substantial monetary or other resources, so as to harm that other person’s actual or potential market for a product or service that incorporates that collection of information and is offered by that other person in commerce, shall be liable to that person for the remedies set forth [...]”); depois, para além de serem excluídas do âmbito de protecção as compilações governamentais de informação e os programas de computador (Sec. 1203.), são, ainda, previstos como actos permitidos, a extração e a utilização de itens individuais de informação e de outras partes insubstanciais, a recolha ou utilização de informação obtida por outros meios, a utilização da informação para verificação ou para fins não lucrativos de educação, ciência e investigação e de reportagem de notícias (Sec. 1202.), entendendo-se por informação “factos, dados, obras de autoria ou outro material intangível capaz de ser recolhido e organizado de

protecção dos direitos dos autores sobre as obras literárias e artísticas, e a protecção dos direitos dos artistas intérpretes e executantes, e dos produtores de fonogramas. Por um lado, é reconhecida a necessidade de instituir novas regras internacionais para reponder, apropriadamente, aos problemas suscitados pela evolução constatada nos domínios económico, social, cultural e técnico. Por outro lado, são tidos em conta os efeitos consideráveis que o progresso e a convergência das tecnologias da informação e da comunicação produzem sobre a criação, a produção e a utilização de obras e prestações. Afirma-se, ainda, a necessidade de manter um equilíbrio entre os titulares de direitos de autor e direitos conexos e o interesse público geral, nomeadamente em matéria de ensino, de investigação e de acesso à informação, tal como previsto, na Convenção de Berna, para as obras literárias e artísticas.

As regras acordadas inscrevem-se no processo de adaptação deste instituto

modo sistemático” (Sec. 1204.).

Nas palavras de Howard Coble, constantes da sua Declaração sobre a introdução desta proposta de lei: “O Collections of Information Antipiracy Act é uma proposta equilibrada. Visa prejuízos reais ou potenciais resultantes de apropriações abusivas de colectâneas de informação ou dos seus conteúdos, e não utilizações que não afectem a sua mercantibilidade ou competitividade. O objectivo é estimular a criação de mais colectâneas, e encorajar mais concorrência entre elas. Esta Lei difere basicamente da H.R. 3531 [...] proposta para criar uma nova forma de protecção de bases de dados através de direitos de autor *sui generis*. Esta Lei consagra uma abordagem minimalista baseada em princípios de concorrência desleal como complemento aos direitos de autor, e dirige-se a danos que podem ser causados através de cópias substanciais de colectâneas de informação [*This bill is a minimalist approach grounded in unfair competition principles as a complement to copyright, and addresses the damages that can be done from substantial copying of collections of information*]. Na redacção desta Lei, especial atenção foi dada aos interesses das comunidades bibliotecárias, científicas, de investigação e educativas. [...] Esta Lei satisfaz essas preocupações permitindo especificamente o acesso e as utilizações para esses fins, ao mesmo tempo que garante protecção necessária para assegurar o investimento continuado e a produção de colectâneas de informação” (v., ainda, *Report on Legal Protection for Databases*, Copyright Office, 1997).

Por outro lado, esta proposta articula-se com o *Digital Era Copyright Enhancement Act* (HR 3048), apresentado ainda em 1997, que propõe alterações, nomeadamente, às regras do *fair use*, prevendo que a aplicação de uma medida tecnológica será irrelevante para a determinação do *fair use*, da reprodução em bibliotecas ou arquivos, aumentando para três o número de cópias, da comunicação ao público no ensino à distância, permitindo-a em certos termos (v., ainda, *The Conference on Fair Use: Report to the Commissioner on the Conclusion of the First Phase of the Conference on Fair Use*, Bruce Lehman, September 1997).

(⁸⁹) *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the*

ao novo paradigma da tecnologia digital e dos sistemas electrónicos de informação em rede. De um modo geral, dão resposta a um conjunto de questões inventariadas em diversos documentos oficiais elaborados em vários países, destacando-se o Livro Branco dos EUA (*NII White Paper*)⁽⁸⁹⁾, o Relatório ACA no Japão⁽⁹⁰⁾, e, na Europa, o Livro Verde da Comissão⁽⁹¹⁾.

Working Group on Intellectual Property Rights, September 1995 (precedido pelo *NII Draft Report* de Julho de 1994 — *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*). Neste livro são analisados os impactos e a relação da infraestruturas nacional da informação nos direitos de propriedade intelectual, sobretudo nos direitos de autor, tratando questões tão diversas como sejam, *inter alia*, o enquadramento dos chamados produtos multimedia como obras audiovisuais, as transacções em linha, a responsabilidade dos prestadores de serviços em linha, culminado com a apresentação de recomendações em matéria, nomeadamente, de transmissões de cópias e fonogramas no quadro do direito de distribuição, do direito de execução pública de gravações sonoras (*sound recordings*), de isenções para as bibliotecas, de medidas de protecção jurídica dos sistemas de protecção tecnológica e de informação de gestão dos direitos de autor, e na apresentação de uma proposta de legislação (*NII Copyright Protection Act of 1995*).

⁽⁹⁰⁾ Agency of Cultural Affairs: *A Report on Discussions by the Working Group of the Subcommittee on Multimedia of the Copyright Council, February 1995*, UFITA 1996, p. 223-281. Neste Relatório são analisados vários problemas colocados pelas redes digitais de informação e sistemas multimedia, como sejam, nomeadamente: 1.º os direitos económicos dos autores envolvidos na fixação em meios electrónicos através de gravação digital, com vista à distribuição para utilização alargada, de um conjunto de diversas obras; 2.º quem deve ser investido na titularidade do direito quando a obra resulta de contribuições criativas de um grande número de pessoas; 3.º a necessidade de avaliar o acto de transformar informação, que é larga em volume e diversa em natureza, sob forma digital em ordem a colocar essa informação à disposição do público; 4.º a necessidade de rever vários conceitos dos direitos de autor associados com a aplicação da tecnologia de processamento digital relativamente, *inter alia*, à compilação de obras (v., ainda, no Japão, o Relatório IIP Multimedia: *Predicted Problems and Possible Solutions for Administering Intellectual Property Rights in a Multimedia Society*, Institute of Intellectual Property — IIP, Tokyo, Juin 1995).

⁽⁹¹⁾ *O Direito de Autor e os Direitos Conexos na Sociedade da Informação*, COM(95) 382 final, 19-07-1995. O Livro Verde 1995 abriu um processo de consulta aos interessados sobre questões gerais como o domínio público remunerado e a protecção do património cultural, sobre questões horizontais relativas ao direito aplicável, ao esgotamento dos direitos e importações paralelas, sobre direitos específicos (o direito de reprodução, o direito de comunicação ao público, o direito de difusão/transmissão digital, o direito de radiodifusão digital, o direito moral) e sobre questões relacionadas com a exploração dos direitos (aquisição e gestão de direitos e sistemas técnicos de identificação e de protecção).

Trata-se de questões suscitadas pelo impacto das novas tecnologias e da Sociedade da Informação no direito de autor e nos direitos conexos, designadamente no que se refere aos efeitos das medidas tomadas nesse domínio sobre a livre prestação dos serviços de

Refira-se, ainda, que a iniciativa de constituir um Comité de Peritos para analisar questões relativas a um possível protocolo à Convenção de Berna que

informação. Questões essas que, no essencial, se inventariam nos seguintes termos. Primeiro, tendo em conta que na Sociedade da Informação a maioria das obras serão difundidas sob forma digital e que a digitalização permite efectuar um número ilimitado de cópias com a mesma qualidade do original, perguntava-se se o direito comunitário deveria subordinar a digitalização da obra à obtenção de uma autorização prévia do primeiro titular do direito. Segundo, considerando que as novas tecnologias conduzirão a um aumento importante das comunicações directas entre os prestadores de serviços e os particulares que recebem serviços em linha, procurava-se saber qual o limite entre a transmissão ao público, que requer uma autorização prévia do titular do direito e a transmissão individual que, em princípio, é admitida. Terceiro, sabendo que as auto-estradas da informação irão permitir o aparecimento de diversos novos tipos de transmissão digital, interrogava-se se o direito de aluguer já harmonizado a nível comunitário seria susceptível de oferecer uma protecção adequada ao titular de direitos no caso de transmissões electrónicas (as transmissões em linha a pedido ou interactivas). Quarto, considerando que a radiodifusão digital por canais múltiplos permite ao consumidor registar um número ilimitado de cópias, levantava-se o problema de saber se os titulares de direitos especiais deveriam beneficiar de um direito de radiodifusão exclusivo. Quinto, uma vez que a recepção de serviços por rede far-se-á provavelmente em muitos países, considerava-se a questão da necessidade — e em que condições — de substituir a regra tradicional (que consiste em aplicar o direito do país em que é solicitada a protecção do direito de autor) por uma nova regra como o princípio do país de origem, em virtude do qual o regime dos direitos de autor do país de origem aplicar-se-ia no conjunto da União Europeia. Sexto, tendo em conta que uma identificação simplificada dos titulares dos direitos e a aquisição dos direitos em condições equitativas é requerida na elaboração de produtos multimédia e de outros novos serviços, perguntava-se se as sociedades de gestão colectiva teriam respostas adequadas a estes desafios relativos à gestão dos direitos e se seriam necessárias novas iniciativas. Sétimo, considerando que a digitalização oferece novas formas de identificar e de proteger as obras e que estas técnicas podem melhorar e facilitar a gestão dos direitos, procurava-se saber se a indústria estaria disposta a procurar um acordo sobre os meios técnicos que permitiriam este tipo de evolução e se seria necessária uma intervenção regulamentar a nível da União Europeia. Por último, permitindo as novas tecnologias (por via da digitalização) adaptar ou transformar facilmente obras existentes (por ex., a colorização de um filme a preto e branco) e afectando estas operações os direitos morais dos titulares de direitos, punha-se o problema da necessidade de harmonizar os direitos morais a nível comunitário. Para um primeiro comentário ao Livro Verde 1995, v. Gaster, ZUM 1995, p. 740; Hoeren, EIPR 1995, p. 511; Lewinski, ZUM 1995, p. 442; Pullen, Ent LR 1996, p. 80.

Para além dos documentos referidos, v., ainda, *inter alia*: na Austrália, *Highways to change: Copyright in the new Communications Environment, Report of the Copyright Convergence Group* (August 1994); em França, o Relatório Sirinelli, *Industries culturelles et*

clarificasse ou instituisse novas regras, foi tomada em 1989, um ano após a adesão dos Estados Unidos da América à Convenção de Berna ⁽⁹²⁾.

2. Ora, antes de entrar na análise dos traços gerais do regime consagrado, vejamos quais eram os problemas e as opções principais no que respeita à recondução das novas formas de exploração ao quadro tradicional dos direitos de autor (em especial, reprodução, comunicação ao público, distribuição), bem como à problemática da tutela jurídica dos sistemas técnicos de protecção

nouvelles technologies (septembre 1994); no Canadá, *Copyright and the Information Highway, Final Report of the Copyright Sub-Committee* (Ottawa, March 1995); a estes documentos sucedeu, na Alemanha, Schriker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, 1997. Sobre estes documentos, incluindo o NII White Paper e o Report ACA (Japão), v. Dreier, Heath, Stogmüller, GRUR Int. 1995, p. 840, 843, 855; Genton, GRUR Int. 1996, p. 693; Dreier, GRUR Int. 1997, p. 859.

⁽⁹²⁾ *Berne Convention Implementation Act of 1988* (Act of October 31, 1988, Pub. L. 100-568, 102 Stat. 2853). Atente-se, porém, no teor literal da seguinte norma: “Sec. 3. Construção da Convenção de Berna [...] (b) Certos Direitos não afectados. As disposições da Convenção de Berna, a adesão dos Estados Unidos a ela, e a satisfação das obrigações dos Estados Unidos dela decorrentes, não expandem nem reduzem qualquer direito de um autor de uma obra, quer seja reclamado sob o direito federal, estadual ou comum: (1) de reivindicar a autoria da obra; ou (2) de se opôr a qualquer distorção, mutilação, ou qualquer outra modificação, ou qualquer outro acto derogatório em relação à obra, que possa prejudicar a honra e a reputação do autor”.

Isto significa que os EUA aderiram à Convenção de Berna (Acto de Paris 1971) sem terem enxertado, em termos gerais, no seu sistema de *copyright* o *droit moral* consagrado no art. 6.º *bis* desta Convenção [“(1) Independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo após a cessão desses direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opôr a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma obra, que possam prejudicar a sua honra ou a sua reputação.”].

Refira-se, todavia, que foram introduzidos direitos morais em favor dos autores de obras de artes visuais (USC § 106.A, aditada pelo *Visual Artists Rights Act of 1990*, Pub. L. 101-650, 104 Stat. 5128). Não obstante, no Acordo NAFTA, apesar de as partes se vincularem a dar efeito às disposições substantivas, *inter alia*, da Convenção de Berna 1971 (v. Art. 1701, 2. (b) NAFTA), dispõe-se que “[...] este Acordo não confere quaisquer direitos e não impõe quaisquer obrigações aos Estados Unidos em relação ao Art. 6bis da Convenção de Berna, ou os direitos decorrentes desse Artigo” (Annex 1701.3, 2.). De notar, ainda, que os EUA receberam o Acordo NAFTA através do *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, que alterou a secção 109 e adicionou a nova secção 104A do Copyright Act (Act of December 8, 1993, Pub. L. 103-182, 107 Stat. 2057, 2114, e 2115), tendo, por outro lado, dado já entrada no Senado e no Congresso o *WIPO Treaties Implementations Act* (HR 2281, S. 1121, 1997).

e identificação, e, ainda, ao direito *sui generis* de protecção de bases de dados. E façamo-lo, de novo, pelas palavras de quem esteve directa e intensamente envolvido nesse processo.

Como nos diz Ficsor, “se revirmos os direitos existentes, é claro que existe um candidato absoluto para tomar conta do armazenamento e transmissão de obras na Internet e em sistemas futuros semelhantes, designadamente o direito de reprodução. Como disse, há alguma hesitação quanto à extensão da sua aplicação no que respeita à reprodução ‘temporária’, mas espero que uma solução apropriada seja encontrada durante os próximos meses (por ex., não recusando que a reprodução é reprodução só porque é temporária, mas ao mesmo tempo permitindo certas excepções quando uma reprodução transitória é tecnicamente indispensável para realizar um acto autorizado pelo autor ou pela lei). / Mas o direito de reprodução não é suficiente por várias razões. Uma das mais importantes razões é que frequentemente a reprodução será efectuada pelos consumidores. Claro, existe também reprodução no ponto de carregamento ascendente, mas se apenas nos concentrarmos em tais actos poderemos negligenciar um aspecto comercialmente mais relevante da actividade dos prestadores de conteúdos e serviços, nomeadamente tornar as obras acessíveis ao público. Portanto, um direito que cuide desse aspecto verdadeiramente comercial também é necessário” (93).

Assim, o direito de reprodução é apontado como o modo de qualificação de actos de armazenamento e transmissão de obras no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede, em especial na WWW, ainda que de modo temporário, na medida em que permita a percepção da obra e a sua posterior reprodução. Todavia, a prática de actos autorizados pelo autor ou pela lei deveria excluir do âmbito desse direito a reprodução temporária tecnicamente necessária para o efeito. Para além disso, existiria uma actividade intermediária, de vocação marcadamente comercial, que o direito de reprodução não cobriria, traduzindo-se na colocação das obras em termos acessíveis ao público através das redes electrónicas globais (WWW), *maxime* a Internet.

Não obstante, os contornos desta actividade seriam algo híbridos em

(93) Ficsor, *Latest Developments*, p. 32 (este resultado é proposto com base no entendimento de que “existe um teste que pode e deve ser aplicado, nomeadamente, saber se uma nova fixação é ou não realizada em termos que seja suficiente ou apropriado que os sinais, as imagens e/ou os sons, nos quais a obra é expressa, podem ser percebidos e que uma fixação subsequente possa ser feita com base nisso”, sendo que se a resposta a esta questão fosse positiva dever-se-ia considerar tal fixação como reprodução — p. 31).

face das categorias tradicionais, suscitando especiais controvérsias de enquadramento. Como escreve Ficsor: “Utilizei a expressão ‘tornar acessível ao público’. Esta é uma noção muito ampla. Na realidade, existem duas formas básicas de tornar obras acessíveis ao público. A primeira forma básica é tornar acessível na forma de cópias para uso, que é uma possibilidade deferida de ver, ler, olhar, etc. A segunda forma básica é tornar acessível directamente através de radiodifusão e outras formas de comunicação ao público, mediante representação pública e outros. Estas duas formas estão relacionadas com o direito de distribuição e com o direito de comunicação ao público, que foram considerados desde o princípio como candidatos a ser parceiros ao direito de reprodução. A este respeito, temos que ver que as redes tipo Internet criam algumas formas híbridas, tais como tornar acessíveis cópias apenas pelo tempo de ver, olhar, ouvir a obra, a qual depois disso desaparece, ou tornar acessíveis cópias — mesmo permanentemente — através de sinais electrónicos. A primeira forma é semelhante à comunicação ao público e a outra, de um certo modo, é semelhante à distribuição de cópias. / Pode defender-se uma ou outra via e em ambos os casos existem algumas dúvidas, claro. Porque a distribuição é tradicionalmente relacionada à distribuição de cópias tangíveis. Em várias leis, é difícil pensar em ‘distribuição imaterial’ como integrando o direito de distribuição. No que respeita à comunicação ao público, também existem problemas, tais como a noção de ‘público’ e também a estrutura do acto. Tradicionalmente, uma comunicação ou uma transmissão significa que o comunicador, o transmissor actua, e pode-se ou não receber o que é transmitido, é-se passivo. Mas no caso de ‘transmissão digital’, o acto é composto por dois passos: uma obra é tornada acessível apenas para acesso e os membros do público deverão fazer o sistema realmente transmitir ou comunicar. Portanto, deveria ser clarificado que todos estes actos são agora cobertos pelo direito de distribuição ou pelo conceito de comunicação ao público”⁽⁹⁴⁾.

Assim, os actos de tornar acessível ao público mediante transmissão digital suscitavam dificuldades especiais de enquadramento, quer no direito de distribuição em razão da intangibilidade da cópia produzida, quer no direito de comunicação ao público em virtude da natureza interactiva destes actos. Ora, como veremos, ao passo que a orientação comum estadunidense e, numa primeira fase, europeia, apontava no sentido do alargamento do direito de distribuição, abrangendo a distribuição imaterial, a solução proposta a nível

⁽⁹⁴⁾ Ficsor, *Latest Developments*, p. 32-3.

internacional pela representação comunitária, em consonância com a via aparentemente adoptada em sede de transmissão em linha de bases de dados, favorecia a inclusão no direito de comunicação ao público (juntamente, por ex., com a radiodifusão) dos actos de tornar as obras acessíveis ao público por meios com ou sem fios de tal modo que os membros do público pudessem aceder a tais obras no local e no tempo por si individualmente escolhidos. Contudo, não obstante esta divergência de orientações, entendia Ficsor que esta solução seria suficientemente ampla em termos de poder ser aplicada a nível nacional de modo flexível, isto é, de poder dar cobertura às diferentes concepções nacionais ⁽⁹⁵⁾.

Por outro lado, em discussão estava também a generalização das medidas de tutela jurídica de sistemas técnicos de protecção e de identificação, sendo este um aspecto essencial dos novos Tratados OMPI que, justamente, imprimem distintas feições ao direito de autor em termos de protecção preventiva. Como refere, a “agenda digital” ainda contém alguns outros assuntos. Nomeadamente, que a existência de direitos na Internet não é suficiente; eles não podem ser exercidos apropriadamente sem medidas tecnológicas de protecção e sem apropriada informação para gestão de direitos, como números de identificação e outros que tal. [...] O tratado ou tratados deveriam incluir disposições obrigando as partes contraentes a introduzir sanções contra aqueles que produzam, importem e distribuam dispositivos para neutralizar ou contornar medidas tecnológicas de protecção, e contra aqueles que falsifiquem ou apaguem, sem autorização, informação para gestão de direitos” ⁽⁹⁶⁾.

Para terminar, em discussão esteve também a possibilidade de adopção a nível internacional de um direito *sui generis* de protecção de bases de dados. Como dá conta Ficsor, “gostaria de mencionar que na última sessão dos dois Comités os Estados Unidos apresentaram uma proposta de tratado sobre protecção *sui generis* de bases de dados. Segue a ideia do sistema incluído na recentemente adoptada directiva da Comunidade Europeia, mas diverge em muitos aspectos. Menciono a duração de protecção que na directiva é 15 anos, enquanto os americanos propõem 25 anos. Isto pode criar alguns problemas. Já temos a experiência do Tratado sobre Circuitos Integrados, em que houve um problema semelhante; no fim, acordámos num período de protecção de

⁽⁹⁵⁾ Ficsor, *Latest Developments*, p. 33 (“A proposta da Comunidade Europeia é realmente uma combinação da abordagem de comunicação ao público com a famosa ‘solução guarda-chuva’”).

⁽⁹⁶⁾ Ficsor, *Latest Developments*, p. 33-4.

compromisso, que depois não foi bom para ninguém, porque era demasiado longo para alguns países, e demasiado curto para outros países”⁽⁹⁷⁾. Como referimos, este tratado proposto sobre protecção *sui generis* de bases de dados acabaria por não ser adoptado.

3. Ora, tendo como pano de fundo esta problemática, em linhas gerais, o Tratado sobre o direito de autor complementa a Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas (Acto de Paris 1971). Adapta-a ao ambiente digital e garante aos autores protecção jurídica em relação às suas obras (incluindo expressamente os programas de computador e as bases de dados) no que respeita aos actos de distribuição, aluguer, comunicação ao público e colocação à disposição do público em redes. O Tratado contém, ainda, disposições relativas aos dispositivos técnicos de protecção (tais como a neutralização de dispositivos anti-cópia) e aos sistemas de informação para gestão dos direitos.

Por seu turno, o Tratado sobre prestações e fonogramas reconhece aos artistas intérpretes e executantes direitos morais sobre as respectivas prestações, atribuindo-lhes, juntamente com os produtores de fonogramas, direitos exclusivos de reprodução, distribuição, aluguer e colocação à disposição do público em redes, no que respeita às suas prestações e fonogramas. Consagra, ainda, o direito a uma remuneração equitativa pela radiodifusão e por qualquer outra forma de comunicação ao público de fonogramas publicados para fins comerciais. De igual modo, prevê disposições de protecção jurídica de dispositivos tecnológicos de protecção, e dos sistemas de gestão de direitos.

Em ambos os tratados, a liberdade de as partes contraentes adoptarem limitações e excepções aos direitos atribuídos aos autores, artistas e produtores de fonogramas é admitida nos termos da chamada “regra dos três” constante do Art. 9, 2, da Convenção de Berna. Isso significa que fica ressalvada às legislações dos países da União a faculdade de permitirem a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais [1.º], desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra [2.º] nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor [3.º].

4. A importância fulcral destes novos Tratados OMPI tem sido apontada, não apenas no âmbito do direito de autor e dos direitos conexos, mas também noutros domínios, como sejam o *comércio electrónico* e os *serviços de acesso condicional* (radiodifusão e serviços interactivos), no quadro do processo de

(97) Ficsor, *Latest Developments*, p. 34.

convergência das tecnologias da informação e da comunicação.

Com efeito, na Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, os novos Tratados OMPI foram considerados “essenciais para estimular e facilitar o comércio electrónico à escala internacional”. Na verdade, a protecção dos direitos de autor e direitos conexos é considerada essencial para o desenvolvimento do comércio electrónico, sendo anunciada uma iniciativa legislativa que, na sequência dos novos Tratados, incidirá nas comunicações, reprodução e distribuição em linha de material protegido e será acompanhada de protecção jurídica adequada contra a violação de dispositivos anti-cópia e de sistemas de gestão electrónica. Além disso, entende-se que o êxito das presentes negociações no âmbito da OMPI sobre a protecção jurídica dos investimentos substanciais realizados em bases de dados constituirá um novo marco na facilitação do comércio electrónico à escala mundial, considerando a Comissão que é importante adoptar, num futuro próximo, uma convenção internacional nesta matéria. Especial significado, no âmbito dos novos Tratados OMPI, é atribuído aos “mecanismos de protecção dos direitos de autor, baseados também em tecnologias seguras, como a cifragem e os cartões inteligentes”, uma vez que “asseguram a protecção do material digital e são um factor essencial do desenvolvimento de um mercado de massas da informação electrónica” (98).

Na verdade, em causa estão, desde logo, as disposições sobre a tutela de dispositivos técnicos de protecção (e de identificação) constantes dos

(98) COM(97) 157 final, 16-04-1997, p. 25, 26, 20 (numa alusão às “empresas virtuais”, refere-se que “as livrarias e as lojas de discos da Internet com maior êxito na Europa e nos Estados Unidos são assim verdadeiras ‘empresas virtuais’: as encomendas e o transporte são feitos directamente dos armazéns das editoras e as bases de dados dos fornecedores estão plenamente integradas com as empresas de transporte.” — p. 9, n. 5).

Depois, para os novos Tratados OMPI entrarem “rapidamente em vigor”, a Comissão apresentou uma Proposta de Decisão do Conselho que autoriza a assinatura, em nome da Comunidade Europeia, do Tratado da OMPI sobre o direito de autor e do Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas [COM(97), 193 final, 06-05-1997: propõe-se que o Conselho autorize a Comissão a confirmar formalmente a assinatura dos Tratados, sob reserva de ratificação, “no que respeita aos domínios abrangidos pelo direito comunitário”, parecendo, nessa medida, excluir do seu âmbito, desde logo, o direito moral dos artistas].

(99) A título preliminar, refira-se que a recente lei brasileira sobre direito autoral consagra já, em termos relativamente pioneiros, regras deste teor no capítulo atinente às sanções civis, responsabilizando por perdas e danos: 1. quem alterar, suprimir, modificar

Tratados (99). Estas disposições têm em conta, como é referido na Comunicação relativa às *Comunicações Electrónicas*, o facto de as redes electrónicas abertas, como a Internet, serem cada vez mais utilizadas como plataforma para a comunicação, indicando todas as previsões que “o comércio electrónico será um dos principais motores da sociedade global da informação”; considera-se, porém, a necessidade de estabelecer um ambiente mais seguro para aproveitar devidamente as oportunidades comerciais oferecidas pelas comunicações electrónicas através de redes abertas, apontando-se as tecnologias criptográficas “como ferramentas essenciais para a segurança e a confiança nas redes abertas. Duas importantes aplicações de criptografia são as assinaturas digitais e a cifragem” (100).

ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia, os sinais codificados; 2. quem alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia; 3. quem suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos; 4. quem distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização (Art. 107.º, I a IV, Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1988, “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”).

(100) Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, *Garantir a segurança e a confiança nas comunicações electrónicas — contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, COM(97) 503 final, 08-10-1997, p. 2; v., ainda, Comunicação da Comissão, *Plano de Acção para fomentar a utilização segura da Internet*, COM(97), 583, 26-11-1997.

Para além da segurança do comércio electrónico, *maxime* via Internet, a Comissão tem abordado, também, o problema dos conteúdos dos novos serviços de informação, em especial no que respeita ao tratamento informático de *dados pessoais* [Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, JO L 281, 23-11-1995 — “Directiva Dados Pessoais”; Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações. E à *protecção dos menores* [v., *inter alia*, a Comunicação da Comissão, *Conteúdo Ilegal e Lesivo na Internet* (COM(96) 487 final, 16-10-1996); o Livro Verde da Comissão sobre a protecção dos menores e da dignidade da pessoa humana nos novos serviços audiovisuais e de informação, COM(96) 483, 16-10-1996, e a Proposta de Recomendação do Conselho relativa à protecção dos menores e da dignidade humana nos serviços audiovisuais e de informação, COM(97) 570,

Por outro lado, as disposições sobre os sistemas técnicos de protecção e identificação relacionam-se com o problema da protecção jurídica dos serviços de acesso condicional, no quadro da promoção do comércio electrónico. No Livro Verde relativo à *protecção jurídica dos serviços codificados*, a Comissão tinha já considerado que os “prestadores de serviços necessitam de protecção contra a piratagem dos serviços por decodificadores e cartões inteligentes ilícitos ou outros dispositivos de pirataria” (101).

São, em suma, os “serviços de radiodifusão e interactivos, independentemente do seu meio de transmissão”, cuja “característica comum reside no facto de o acesso ao serviço à distância ser condicionado a uma autorização prévia que tem por objectivo assegurar a remuneração do serviço”, abrangendo “todos os serviços que são prestados com base num acesso condicional, designadamente, os serviços televisivos e radiofónicos por assinatura, o vídeo a pedido, o audio a pedido, a edição electrónica e um vasto leque de serviços em linha, os quais são prestados ao público com base numa assinatura ou numa tarifa em função da utilização”.

É isto que se escreve na Exposição de Motivos da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional. Na opinião da Comissão, a exposição deste mercado ao risco da pirataria justifica a sua protecção jurídica, uma vez que, entre outras razões, o mercado de serviços baseado no acesso condicional regista um rápido crescimento devido à tecnologia digital, mas a sua evolução favorável poderá ser comprometida pelo desenvolvimento igualmente célere da pirataria, que constitui um sector paralelo e rentável de produção e comercialização de dispositivos que permitem o acesso não autorizado a esses serviços, estando actualmente a ser utilizadas para a comercialização desses dispositivos publicações especializadas e uma série de locais na Internet, e assistindo-se, inclusivamente, ao desenvolvimento de um mercado de serviços pós venda de manutenção de tais dispositivos (102).

Depois, no Livro Verde relativo à *convergência* (telecomunicações, audiovisual, informática), refere-se, ainda, “o estado avançado das iniciativas comunitárias em curso que adaptam o actual quadro jurídico neste domínio

18-11-1997].

(101) *Protecção Jurídica dos Serviços Codificados no Mercado Interno — consulta sobre a necessidade de uma acção comunitária*, COM(96), 76 final, 06-03-1996, p. 23.

(102) COM(97) 356 final, 09-07-1997, p. 4, 9. Sobre a noção de acesso condicional, v. art. 4.º da Directiva 95/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à utilização de normas para a transmissão de sinais de televisão, de 24 de Outubro de 1995

ao ambiente digital”, e considera-se que as “questões regulamentares ligadas aos direitos de autor e outros direitos conexos foram tratadas em pormenor no Livro Verde sobre o Direito de Autor e os Direitos Conexos na Sociedade da Informação, bem como na Comunicação subsequente, tendo a abordagem resultante tomado em devida conta a evolução das tecnologias para a convergência”. Contudo, “a protecção insuficiente dos DPI” (direitos de propriedade intelectual) é apontada pela Comissão como um dos obstáculos ao processo de convergência, entendendo-se que a “protecção insuficiente constitui já um obstáculo para o conteúdo fora de linha, que pode projectar-se no universo ‘em linha’”. Não obstante — *et pour cause* —, é destacada a importância dos novos Tratados OMPI, considerando-se que os “recentes acordos OMPI[...] ajudam a clarificar a situação actual. [...] Esses tratados tornaram claro que uma ‘comunicação pública’ para efeitos da legislação dos direitos de autor inclui a situação em que uma obra é colocada ao dispor do público (por exemplo, através de um sítio Web) de modo interactivo” (103). Trata-se do enquadramento, no domínio do direito de autor, da interactividade de acesso, que constitui uma característica típica dos chamados serviços (interactivos) da Sociedade da Informação, já antes definidos como os “serviços prestados à distância, por via electrónica e mediante pedido individual de

(JO L 281, 23-11-1995).

(103) Livro Verde da Comissão relativo à *Convergência dos sectores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação (para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação)*, COM(97) 623 final, 03-12-1997, p. 21, 27.

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

Os serviços interactivos constituem, juntamente com a radiodifusão, duas espécies de serviços de acesso condicional. Todavia, trata-se de duas figuras distintas. A distinção entre radiodifusão e serviços interactivos constava, aliás, já da noção de radiodifusão televisiva constante da Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (JO L 298, 17-10-89 — Directiva Televisão I). Com efeito, nos termos do art. 1.º-a, por radiodifusão televisiva entende-se “a transmissão primária, com ou sem fio, terrestre ou por satélite, codificada ou não, de programas televisivos destinados ao público[, incluindo] a comunicação entre empresas com vista à sua difusão ao público; não inclui no entanto os serviços de comunicações que forneçam, a pedido individual, elem[en]tos de informação ou outras mensagens, como os serviços de telecópia, os bancos electrónicos de dados e outros

um destinatário de serviços” (104).

§ 4. BRUXELAS, DEZEMBRO DE 1997: PROPOSTA DE DIRECTIVA SOBRE DIREITO DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

serviços similares”. Esta noção não foi alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (Directiva Televisão II), que altera a Directiva 89/552/CEE do Conselho relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (JO L 202, 30-7-1997).

Refira-se, ainda, que, dentro da categoria dos serviços à distância, incluindo a radiodifusão, os serviços interactivos parecem corresponder à definição de “teleserviços” constante da Lei alemã sobre a Utilização dos Teleserviços (*Teledienstgesetz* — TDG), sob o Art. 1 da Lei Federal dos Serviços de Informação e Comunicação (*Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz* — IuKDG), de 1 de Agosto de 1997 (para um primeiro comentário à IuKDG, v. Engel-Flehsig, ZUM 1997, p. 106 s.; veja-se também Bartsch, *Neues Recht für Neue Medien*, 1998; Rosnagel, *Recht der Multimedia-Dienste: Kommentar*, 1999). Visando estabelecer condições económicas uniformes para as várias aplicações dos serviços electrónicos de informação e comunicação (§ 1), a TDG define os teleserviços, aos quais se aplica, como “todos os serviços electrónicos de informação e comunicação, destinados a utilização individual de dados combináveis tais como caracteres, imagens e sons, e baseados em transmissão por meios de telecomunicação” (§ 2(2)). Esta noção de teleserviços é, depois, ilustrada mediante um catálogo de exemplos, no sentido de abranger, expressamente: 1. os serviços financeiros à distância (*telebanking*), a troca de dados; 2. os serviços de informação sobre o trânsito, o clima, o ambiente ou o mercado bolsista e a disseminação de informação sobre bens e serviços; 3. serviços prestando acesso à Internet ou a outras redes; 4. serviços oferecendo acesso a telejogos; 5. bens e serviços oferecidos e listados em bases de dados electronicamente acessíveis e com acesso interactivo e a possibilidade de encomenda directa. Depois, o § 2 (4) exclui do âmbito de aplicação da TDG, *inter alia*: 1. os serviços de telecomunicações e a prestação comercial de serviços de telecomunicações previstos no § 3 da Lei das Telecomunicações, de 25 de Julho de 1996 (*Telekommunikationsgesetz* — TKG); 2. a radiodifusão. Ou seja, a radiodifusão, bem como os serviços de telecomunicações, são excluídos da noção de teleserviços para efeitos da TDG; noção esta que, portanto, é mais restrita que a de serviços à distância consagrada na Proposta de Directiva sobre a protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, a qual abrange, expressamente, a radiodifusão televisiva e sonora (v. art. 1.º (a) da proposta). De referir, ainda, que a consagração dos serviços interactivos como figura autónoma no quadro dos serviços à distância, diferente da radiodifusão, foi também adoptada pela lei do *copyright* estadunidense no domínio, desde

1. A reconhecida importância dos novos Tratados OMPI impulsionou a Comissão, enquanto “motor da integração” e “expressão do interesse comunitário” ⁽¹⁰⁵⁾, a apresentar, em finais de 1997, uma nova iniciativa legislativa em matéria de direito de autor e direitos conexos. Trata-se da submissão da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação. Apesar de a sua origem se encontrar no exercício de consulta aberto pelo Livro Verde 1995 e realizado na perspectiva do mercado interno, considera-se que a Proposta “encontra-se, na sua forma actual, intimamente ligada à evolução registada a nível internacional, podendo mesmo dizer-se que nela se passou a basear, tendo em conta a interpenetração crescente dos mercados de exploração das obras e outro material protegido, designadamente no ambiente digital da sociedade da informação que ignora qualquer tipo de fronteiras. Tais normas foram, com efeito, já incluídas nos dois novos tratados da OMPI [...]. Actualizam de forma significativa a protecção internacional do direito de autor e dos direitos conexos[...] e

logo, das gravações sonoras, consistindo o serviço interactivo em permitir a um membro do público receber, a pedido, uma transmissão de uma determinada gravação sonora escolhida por ou em nome do receptor (17USC § 114 (j)(4), introduzida pelo *Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995*, Pub. L. 104-39, 109 Stat. 336).

⁽¹⁰⁵⁾ Hartley, *Foundations*, p. 8; Kapteyn/Themaat, *Introduction*, p. 252.

⁽¹⁰⁶⁾ COM(97) 628 final, 10-12-1997, p. 2-3. O nomen “Sociedade da Informação” ter-se-á afirmado definitivamente, a nível comunitário, no Livro Branco da Comissão *Crescimento, Competitividade, Emprego — os desafios e as pistas para entrar no séc. XXI* (Luxemburgo, 1994, p. 113 ss.), sendo atribuído à protecção da propriedade intelectual o valor de “aspecto chave” no seu desenvolvimento (v. Relatório Bangemann sobre *A Europa e a Sociedade da Informação — Recomendação do Grupo de Alto Nível sobre a Sociedade da Informação ao Conselho Europeu de Corfu*, 26-05-1994; Plano de Acção da Comissão *A Via Europeia para a Sociedade da Informação — plano de acção*, COM(94) 347 final, 19-07-1994). Por outro lado, a Comissão tem apresentado, em diversos domínios, vários documentos em torno da divisa Sociedade da Informação: v., *inter alia*: Comunicação da Comissão, *A Europa na vanguarda da Sociedade da Informação: Plano de Acção Evolutivo*, COM(94) 347, 19-07-1994; Livro Branco da Comissão *Aprender na Sociedade da Informação — Plano de acção para uma iniciativa europeia no domínio da educação*, COM(96) 471, 02-10-1996; Livro Verde *Viver e trabalhar na Sociedade da Informação: prioridade à dimensão humana*, COM(96) 389, 22-07-1996; Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, *A Normalização e a Sociedade Global da Informação: a abordagem europeia*, COM(96) 359 final, 24-07-1996; Comunicação da Comissão, *As Implicações da Sociedade da Informação nas Políticas da União Europeia — preparação das próximas etapas*, COM(96) 395, 24-07-1996; Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento

melhoram os meios de luta contra a pirataria a nível mundial. A directiva permitirá dar execução a um grande número desta[s] novas obrigações internacionais” (106).

Por outro lado, a Proposta consagra o “método de abordagem adoptado”, designadamente “em termos de prioridades e meios de acção escolhidos”, na Comunicação subsequente ao Livro Verde. Esta Comunicação (Seguimento 1996), partindo dos resultados das consultas efectuadas, apresenta “a política da Comissão relativamente ao mercado único no domínio do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação, e explica a lógica mental por detrás desta abordagem, nomeadamente no que se refere às prioridades e aos meios de acção escolhidos”; são contemplados os aspectos prioritários em termos de acção legislativa e os que requerem um estudo mais aprofundado, com referência às negociações de âmbito internacional que simultaneamente decorriam no quadro da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), “que também contemplam a problemática digital” (107).

Assim, os aspectos prioritários em termos de acção legislativa são: o direito de reprodução, com os respectivos limites e excepções; o direito de comunicação ao público, incluindo as transmissões digitais a pedido; a protecção jurídica da integridade dos sistemas técnicos de identificação e de protecção; o direito de distribuição, incluindo o seu esgotamento com a primeira venda na Comunidade, efectuada pelo titular do direito ou com o seu consentimento, apenas no domínio da distribuição de produtos e já não na prestação de serviços, designadamente os serviços em linha. As questões que são deixadas para um estudo mais aprofundado são o direito de radiodifusão, no sentido de favorecer certos titulares de direitos conexos em virtude do impacto da radiodifusão multicanais, a legislação aplicável e sua aplicação efectiva, a gestão de direitos e, ainda, os direitos morais.

2. Acresce que esta Proposta insere-se numa linha “optimista” quanto à possibilidade de adaptação dos direitos de autor ao novo paradigma tecnológico e “maximalista” quanto ao seu papel (108).

Como se diz no Livro Verde 1995: “A maioria das legislações relativas ao

Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre *A Sociedade da Informação: de Corfu a Dublin — as novas prioridades emergentes*, COM(96) 395, 24-07-1996.

(107) *Seguimento do Livro Verde sobre o direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*, COM(96) 568 final, 20-11-1996, p. 2-3, 5.

(108) Goldstein, *Copyright's Highway*, p. 15.

direito de autor e aos direitos conexos consagram um determinado número de conceitos e de princípios chave, ainda que se registem diferenças, por vezes significativas, ao nível da sua aplicação. O aparecimento das novas tecnologias não afecta a natureza destes princípios e conceitos, mas sobretudo a sua leitura. Assim, e mais especificadamente em relação a certos princípios de base do direito de autor e dos direitos conexos, determinadas situações novas permitem pensar que estes princípios adquirirão novos contornos, sem que por isso a sua natureza seja radicalmente alterada” (109).

Ou seja, reconhece-se que a adaptação do instituto ao novo ambiente digital dos sistemas informáticos em rede poderá atingir os próprios fundamentos do direito de autor e dos direitos conexos, sem implicar, todavia, uma alteração radical da sua natureza. Na verdade, para esta perspectiva: “O que mudou foi o ambiente em que as obras e outros objectos protegidos passarão a ser criados e explorados, e não as concepções de base em matéria de direito de autor” (110). Abordagem esta que seria posteriormente seguida em termos idênticos, considerando-se que: “É o ambiente em que a obra ou outro material foi criado e explorado que mudou e não os conceitos de base do direito de autor” (111).

Numa análise comparada constatamos que esta perspectiva optimista parece ser também assumida pelos oficiais estadunidenses. Sustentam, com efeito, que a “Propriedade Intelectual é uma área jurídica subtil e esotérica que evolui em resposta à mudança tecnológica. [...] Os direitos de autor tiveram que responder a esses desafios, desde os tipos móveis da imprensa de Gutenberg até aos gravadores audio-digitais e tudo pelo meio — fotocopiadoras, rádio, televisão, gravadores de cassetes de vídeo, televisão por cabo e satélites. [...] A Lei dos direitos de autor [Copyright Act] é fundamentalmente adequada e eficaz. [...] Não há necessidade de uma nova, mas a antiga precisa de algumas alterações” (112).

Assim, nesta linha, a Proposta “adapta e complementa” o quadro jurídico existente “aos novos desafios da digitalização e do multimédia”, em ordem a permitir o bom funcionamento do mercado interno e proteger e estimular a criatividade, a inovação e o investimento na Comunidade, relativamente a “novos produtos e serviços que incluem propriedade intelectual”. Em conformidade com os novos Tratados OMPI, a Proposta destina-se a intervir

(109) Livro Verde 1995, p. 24-5.

(110) Seguimento 1996, p. 8.

(111) Proposta, p. 10.

(112) NII White Paper, p. 7, 212.

em quatro áreas prioritárias: o direito de reprodução, o direito de comunicação ao público, a protecção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e protecção, e o direito de distribuição, incluindo o princípio do esgotamento. Outros assuntos tratados no Livro Verde 1995, como sejam o direito aplicável, o direito de radiodifusão digital, o direito moral e a gestão de direitos, não foram incluídos no âmbito da Proposta, por exigirem, nos termos do Seguimento 1996, “uma maior reflexão e/ou novas iniciativas antes de ser

(¹¹³) Uma outra questão que também é excluída do âmbito da Proposta prende-se com a responsabilidade relativamente ao direito de autor e direitos conexos, isto é, a questão do responsável pelas infracções a estes direitos. Trata-se de uma questão delicada que começou a colocar-se ainda antes do aparecimento da WWW (Internet) com a generalização dos sistemas informáticos em rede, ou redes telemáticas de informação. Na definição dos termos da responsabilidade dos prestadores de serviços electrónicos de informação em linha por violações aos direitos de autor ou a outros direitos, como os relativos a dados pessoais, procurou-se a analogia com os *media* tradicionais, como a imprensa e o audiovisual, no sentido de lhes atribuir uma responsabilidade, ao menos, por *culpa in vigilando*; não obstante, seria necessário distinguir a actividade do prestador de serviços em linha do mero transportador de sinais [para uma primeira análise, v. D’Orazio/Zeno-Zencovich, DII 1990, p. 421; Sieber, CR 1992, p. 518; Misglic, CR 1992, p. 75; Tarter, CLJ 1992, p. 481; Loundy, CLJ 1993, p. 101; v. ainda, Sieber, *Haftung für Online-Datenbanken*, p. 69 s, e Sieber (dir.), *Liability for On-Line Data Bank Services*, 1992, com relatórios relativos às situações nacionais nos então doze Estados-membros nos inícios da década].

Todavia, apesar de a Proposta não ser dirigida à harmonização desta questão não deixou, porém, de introduzir alguns elementos. Com efeito, considera-se que: “Existem a nível nacional regimes de responsabilidade por infracções aos direitos de autor, que, em princípio, são igualmente aplicáveis ao ambiente digital. A jurisprudência recente a nível dos Estados-membros vem confirmar esta situação. [...] a questão da responsabilidade apresenta carácter horizontal e afecta muitas áreas para além do direito de autor e dos direitos conexos (desde as marcas à publicidade enganosa, passando pela difamação e pelos conteúdos obscenos), é necessário clarificar a situação para as diversas partes implicadas (essencialmente para os fornecedores de acesso e para os prestadores de serviços) numa perspectiva horizontal através de uma medida distinta no âmbito do mercado interno. [...] Neste contexto, está prevista para os primeiros meses de 1998 uma directiva que clarificará nomeadamente a questão da responsabilidade [no contexto dos serviços electrónicos]” (Proposta, p. 10).

Numa breve referência de direito comparado constatamos que nos EUA foi proposta a responsabilização dos prestadores de serviços em linha por todas as violações aos direitos de autor cometidas pelos utilizadores dos seus sistemas (v. NII White Paper, p. 114-123). Todavia, esta proposta não foi adoptada, uma vez que, se assim fosse, os prestadores de serviços teriam que levar a cabo uma monitorização completa das contas dos utilizadores e fiscalizar as suas actividades; o que, para além de poder significar uma intromissão na privacidade dos utilizadores, conduziria ao aumento substancial dos custos de prestação dos

possível tomar decisões” (113). Questões estas que, de um modo geral, não são, também, objecto de resposta nos Tratados OMPI.

§ 5. MARRAKESH, ABRIL DE 1994: ACORDO SOBRE ASPECTOS DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS COM O COMÉRCIO

1. De igual modo, essas questões também não tinham sido objecto do

serviços em linha em razão dos investimentos necessários em tecnologias de monitorização e em seguros; custos adicionais estes que, em última instância, seriam suportados pelos utilizadores, reduzindo-se, nessa medida, o acesso público às redes electrónicas de informação. Por outro lado, no caso *Religious Techn. v. Netcom On-Line Comm. Servs.* (N.D. Cal. 1995), a jurisprudência recusou-se a responsabilizar estritamente o prestador de serviços em linha por infracção cometida pelo utilizador, a menos que dela tivesse conhecimento, ou devesse ter (v. Johnson/Post, Stanford LR 1996, p. 1376 s.).

Semelhante orientação parece ter sido consagrada pelo legislador germânico, ao responsabilizar os prestadores de teleserviços pelos seus próprios conteúdos nos termos gerais, e excluindo a sua responsabilidade pelos conteúdos de terceiros a menos que aqueles tenham conhecimento de tal conteúdo, sejam tecnicamente capazes, e deles se possa razoavelmente esperar que bloqueiem a utilização de tais conteúdos; quanto aos chamados prestadores de acesso, a sua responsabilidade é excluída em relação a todos e quaisquer conteúdos de terceiros, aos quais apenas prestem acesso, sendo que o carregamento automático e temporário de um conteúdo de terceiro resultante de pedido do utilizador é considerado prestação de acesso (§ 5 TDG). Sobre esta problemática, v. Donato, DII 1996, p. 135; Waldenberger, Spindler, ZUM 1997, p. 176, p. 533; Dupuis-Toubol, JCP 1997, p. 640; Sabrina, DII 1997, p. 61; Koch, CR 1997, p. 193; Macmillian/Blakeney, EIPR 1998, p. 52; Schaefer/Rasch/Braun, ZUM 1998, p. 451; Zeno-Zencovich, DII 1998, p. 15.

Entretanto, o regime da responsabilidade dos prestadores de serviços em linha foi objecto de harmonização pela “Directiva sobre o comércio electrónico”, que regula a problemática de forma horizontal [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”)]. No direito comparado, é de destacar a *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* no quadro da DMCA (*The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, Oct. 28, 1998, Tit. II), que cria certos limites à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha por violações aos direitos de autor quando praticam certos tipos de actividades (“mere conduit”, “system caching”, “hosting”), prevendo ainda um quarto grupo de casos de isenções relativo aos utensílios de localização de informação (“browsing”, “crawling”, “linking”), que a Directiva sobre comércio electrónico remeteu para mais estudos a considerar numa eventual revisão futura da Directiva. Adiante, na Parte III, § 45, *in fine*, estas medidas são objecto de

Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC ou “TRIPs”), constante do Anexo 1C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio (OMC), de 15 de Abril de 1994, na sequência das negociações comerciais multilaterais do “Uruguay Round” do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Nos termos do art. 1.º, 2, Acordo ADPIC, os direitos de propriedade intelectual abrangem o direito de autor e os direitos conexos, as marcas, as indicações geográficas, os desenhos e modelos industriais, as patentes, as topografias de produtos semicondutores (“configurações de circuitos integrados”) e o saber-fazer (“informações não divulgadas”) (114).

Ora, de um modo geral, o Acordo ADPIC (115) estabelece, *inter alia*, o princípio do tratamento nacional (art. 3.º) e define como objectivos do regime dos direitos de propriedade intelectual “a promoção da inovação tecnológica e a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e económico” e, ainda, o “equilíbrio entre direitos e obrigações” (art. 7.º). Para além disso, estabelece certas normas relativas à existência,

análise pormenorizada. Para uma análise comparativa, *vide* o nosso *Technodigital Property for Cyberspace: Copyright Issues of Electronic Commerce in the Information Society*, Part. II.

(114) Sobre a proposta de 26 de Setembro de 1986, v. Geller, *EIPR* 1990, p. 423; Reinbothe, *GRUR Int.* 1992, p. 707; v. ainda, com análise das convenções internacionais sobre direito de autor e direitos conexos no quadro da proposta negociada, Drexl, *Entwicklungsmöglichkeiten, passim* (corrigindo a expressão propriedade intelectual pela expressão direitos sobre bens imateriais, uma vez que a natureza corpórea da coisa constitui elemento essencial do conceito de direito de propriedade germânico: “Der Begriff des geistiges Eigentums bildet nach der deutschen Rechtsterminologie eine rechtliches Uding, kann doch Eigentum i.S.d. § 903 BGB nur an Sachen, d.h. körperlichen Gegenständen, bestehen, während das Kennzeichen des geistigen Eigentums dessen Immaterialität ist. Nach deutschem Verständnis richtig ist dagegen der Begriff der *Immaterialgüterrechte*. International hat sich allerdings der begriff des geistigen Eigentums, u.a. auch in der Diskussion der Uruguay-Runde, eingebürgert (*intellectual property, propriété intellectuelle*). Er wird daher in der vorliegenden Arbeit gleichbedeutend mit dem der Immaterialgüterrechte verwandt.” — p. 1, n. 2). Sobre o texto aprovado com a celebração do Acordo em Abril de 1994, v. Bercovitz, *El derecho de autor en el acuerdo TRIPS*, p. 877 s, [et al.], *Propiedad Intelectual en el GATT*, 1997; Reinbothe, *Geistiges Eigentum*, p. 149; Worthy, *EIPR* 1994, p. 195; Correa, *IIC* 1994, p. 543; Ricketson, *IIC* 1995, p. 872; Katzenberger, *GRUR Int.* 1995, p. 447; Dreier, *GRUR Int.* 1996, p. 205; Lehmann, *CR* 1996, p. 2; Lewinski, *GRUR Int.* 1996, p. 630; Gomez Ségade, *A mundialização da propriedade industrial e do direito de autor*, p. 12 s.

(115) Este Acordo foi introduzido na ordem jurídica estadunidense pelo

âmbito e exercício dos direitos de propriedade intelectual, começando pelo direito de autor e direitos conexos.

2. Assim, em primeiro lugar, apesar de sujeitar os Membros à observância da Convenção de Berna (Acto de Paris 1971), convertendo-a, verdadeiramente, na “Carta Magna del derecho de autor” ⁽¹¹⁶⁾, dispõe que eles “não terão direitos ou obrigações ao abrigo do presente Acordo no que diz respeito aos direitos conferidos pelo art. 6.º *bis* da referida Convenção ou aos direitos deles decorrentes” (art. 9.º, 1). Ou seja, o direito moral não é contemplado neste Acordo.

Segundo, o Acordo ADPIC declara o princípio de que a protecção do direito de autor abrange as expressões, e não as ideias, processos, métodos de execução ou conceitos matemáticos enquanto tais (art. 9.º, 2), consagrando, depois, a protecção dos programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objecto, pelo direito de autor enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna (art. 10.º, 1). Em termos idênticos, o Tratado OMPI sobre direito de autor estabelece que a protecção do direito de autor incide sobre as expressões e não sobre as ideias, processos, métodos de funcionamento ou conceitos matemáticos enquanto tais (art. 2.º), dispondo, também, que os programas de computador são protegidos enquanto obras literárias no sentido do art. 2.º da Convenção de Berna, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão (art. 4.º).

Terceiro, o Acordo ADPIC estabelece que as compilações de dados ou de outros elementos, quer sejam fixadas num suporte legível por máquina ou sob qualquer outra forma, que constituam criações intelectuais, em virtude da selecção ou da disposição dos respectivos elementos constitutivos, serão protegidas enquanto tal (art. 10.º, 2). Todavia, dispõe que essa protecção não abrange os próprios dados ou elementos, nem prejudica os eventuais direitos de autor aplicáveis a esses dados ou elementos (art. 10.º, 2, 2.ª parte). Em sintonia, o Tratado OMPI sobre direito de autor prevê que as compilações, sob qualquer forma, de dados ou outros elementos, que pela escolha ou disposição das matérias constituem criações intelectuais são protegidas como tais, dispondo, de igual modo, que esta protecção não abrange os dados ou os elementos eles mesmos, nem prejudica direitos de autor existentes sobre os dados ou elementos contidos na compilação (art. 5.º).

Quarto, o Acordo ADPIC prevê um direito de locação comercial dos

Uruguay Round Agreements Act (Act of December 8, 1994, Pub. L. 103-465, 108 Stat.

originais ou cópias de programas de computador e obras cinematográficas, que não se aplica às locações de programas de computador em que este não constitua o objecto essencial (art. 11.º, 1.ª e *in fine*). Este direito é consagrado, em termos idênticos, no Tratado OMPI sobre direito de autor (art. 7.º).

Quinto, o Acordo ADPIC estabelece, em matéria de limitações e excepções aos direitos exclusivos, que estas serão restritas a casos especiais que não obstem à exploração da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do titular do direito (art. 13.º), em sintonia com a Convenção de Berna (art. 9.º, 2). O Tratado OMPI sobre direito de autor também consagra expressamente essa regra, conhecida por regra dos três (art. 10.º); todavia, relativamente aos direitos conexos, o Acordo ADPIC remete para os termos em que as limitações e excepções são permitidas pela Convenção de Roma (art. 14.º, 6), enquanto o Tratado OMPI sobre direitos conexos consagra, também neste domínio, a referida regra dos três (art. 16.º). O que é importante, pois, como se pode ler nas respectivas Declarações Acordadas: estas disposições “permitem às partes contraentes continuar e estender apropriadamente no ambiente digital as limitações e excepções nas suas leis nacionais que têm sido consideradas aceitáveis ao abrigo da Convenção de Berna. Em termos idênticos, estas disposições devem ser interpretadas no sentido de permitir às Partes Contraentes configurar novas excepções e limitações que são apropriadas no ambiente de rede digital.” Esta Declaração é da máxima importância, pois permite às Partes Contraentes adequar o direito de autor à sua política cultural, educativa e científica, instituindo novas excepções e limites no ambiente de rede digital, parecendo inverter, desse modo, uma certa tendência para a “caça às excepções”.

Sexto, em matéria de duração da protecção, o Acordo ADPIC consagra o critério da duração não inferior a cinquenta anos (art. 12.º), que é retomado pelo Tratado OMPI sobre direitos conexos (art. 17.º). Porém, enquanto aquele primeiro parece permitir a aplicação do art. 7.º, 4, da Convenção de Berna à duração das obras fotográficas e às obras de artes aplicadas — que reserva à legislação dos países da União a faculdade de regularem a duração da protecção destas obras, ainda que dentro do prazo mínimo de vinte e cinco anos —, o mesmo já não é permitido pelo Tratado OMPI sobre direito de autor, que exclui expressamente a aplicação dessa norma relativamente às obras fotográficas (art. 9.º).

Sétimo, as restantes regras de protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas (registos de som) e dos organismos

de radiodifusão consagradas no Acordo ADPIC (art. 14.º) correspondem, *mutatis mutandis*, às disposições do Tratado OMPI sobre direitos conexos (arts. 6.º, 7.º, 9.º, 11.º e 13.º).

3. Por outro lado, grande parte das regras constantes do Acordo ADPIC encontram-se previstas nos arts. 1705.º e 1706.º do capítulo relativo à propriedade intelectual (em direito de autor e direitos conexos, marcas, patentes, topografias de produtos semicondutores, segredos de comércio, indicações geográficas, desenhos industriais), do Acordo Norte-Americano sobre o Comércio Livre (NAFTA) celebrado em 8 de Dezembro de 1993 entre o Canadá, os Estados Mexicanos Unidos e os Estados Unidos da América.

Todavia, o Acordo NAFTA contém uma norma relativa à protecção de sinais de satélite de transporte de programas encriptados não prevista no Acordo ADPIC⁽¹¹⁷⁾. Constitui uma regra de tutela jurídica de dispositivos técnicos de protecção que corresponde, *mutatis mutandis*, à legislação aprovada em 1988 nos Estados Unidos⁽¹¹⁸⁾ e no Reino Unido, tendo sido introduzida também neste último país uma proibição de produção, distribuição ou venda de dispositivos destinados ou adaptados a contornar sistemas de protecção anti-cópia⁽¹¹⁹⁾, a qual seria adoptada, em termos idênticos, pelo legislador estadunidense em 1992 para a protecção de

4809, 4973).

⁽¹¹⁶⁾ Bautista, *La “constitución cultural” en la sociedad de la información*, p. 1050.

⁽¹¹⁷⁾ Art. 1710 NAFTA: “Dentro de um ano a partir da data da entrada em vigor deste Acordo, cada parte deverá prever (a) como delito criminal, o fabrico, importação, venda, aluguer ou a colocação à disposição de um dispositivo ou sistema que sirva principalmente para descodificar um sinal de satélite de transporte de programas encriptados sem a autorização do distribuidor legítimo de tal sinal; e (b) como delito civil, a recepção, em conexão com actividades comerciais, ou a distribuição subsequente, de um sinal de satélite de transporte de programas encriptados que tenha sido descodificado sem autorização do distribuidor legítimo desse sinal, ou o envolvimento de qualquer actividade proibida pelo sub-parágrafo (a).”

⁽¹¹⁸⁾ § 605 (e) (4) 47 US Code (introduzida pelo *Communications Act de 1988*): “Qualquer pessoa que fabricar, compilar, modificar, importar, exportar, vender, ou distribuir qualquer dispositivo ou equipamento electrónico ou mecânico, sabendo ou tendo razões para saber que o dispositivo ou equipamento é principalmente destinado à deciptagem não autorizada de programação de cabo satélite, ou visa qualquer actividade proibida pela [Section 605(a)] deverá pagar uma multa de não mais do que USD 500,000 por cada violação, ou ser preso durante não mais do que 5 anos por cada violação, ou ambos”.

⁽¹¹⁹⁾ U.K. Copyright, Designs and Patents Act of 1988, Part VII, §§ 296, 298.

gravações sonoras e de obras musicais, através da proibição de contornar qualquer programa ou circuito que implementa um sistema de gestão de cópias em série ⁽¹²⁰⁾.

A estas “soluções pioneiras” ⁽¹²¹⁾, junta-se uma disposição adoptada em 1991 pelo legislador comunitário, nos termos da qual os Estados-membros tomarão medidas adequadas contra as pessoas que, *inter alia*, “ponham em circulação ou estejam na posse, para fins comerciais, de meios cujo único objectivo seja facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer dispositivo técnico eventualmente utilizado para a protecção de um programa”, prevendo, depois, como medida adequada, a possibilidade de os Estados-membros preverem a apreensão destes meios ⁽¹²²⁾. Medida esta, que, como veremos, o nosso legislador adoptou ⁽¹²³⁾, à semelhança, *inter alia*, do legislador germânico, sendo de referir, neste país, a resolução desta problemática por via do direito da concorrência desleal: veja-se a decisão do OLG Frankfurt am Main (“Piratenkarten”, 13-6-1995), segundo a qual, a venda de cartas pirata que permitem a recepção decriptada de programas codificados de televisão por assinatura, sem utilização da carta de descodificação original, seria um acto constitutivo de concorrência desleal (§ 1 UWG), em relação, desde logo, ao distribuidor legítimo de sistemas de decriptagem e, ao mesmo tempo, um atentado ao exercício e à organização da sua empresa (§§ 823(1), 1004 BGB); veja-se também a decisão do BGH (“Dongle-Umgehung”, 9-11-1995) que qualificou como constitutiva de concorrência desleal, no sentido § 1 UWG, a venda de um programa que

⁽¹²⁰⁾ SCMS (*Serial Copy Management System*). Trata-se do *Audio Home Recording Act of 1992* (Act of October 28, 1992, Pub. L. 102-563, 106 Stat. 4237), que altera o Tit. 17 US Code, aditando-lhe o novo capítulo 10. Assim, nos termos do 17 USC § 1002(c): “Ninguém deverá importar, fabricar, ou distribuir qualquer dispositivo, ou prestar qualquer serviço, cujo objectivo principal seja evitar, remover, desactivar, ou contornar qualquer programa ou circuito que implemente, no todo ou em parte, um [sistema de gestão de cópias em série ou um sistema semelhante]”).

⁽¹²¹⁾ Dietz, *Moral rights and technological challenge*, p. 555.

⁽¹²²⁾ Art. 7.º, 1-c e 3, Directiva Programas de Computador.

⁽¹²³⁾ Aliás, entre nós, será já discutível se alguns dos actos que estas regras se destinam a proibir não integrariam certos tipos de crimes instituídos pela Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto). Sobre esta Lei da criminalidade informática, v. Faria Costa, RIDP 1993, p. 517 s; Lopes Rocha, Legis 1993, p. 72 s; sobre o *modus operandi* relativo à “tipologia” dos chamados *computer crimes*, como sejam, *data diddling*, *troyan horse*, *salami techniques*, *superzapping*, *trap dors*, *logic bomb*, *asynchronous attacks*, *scavenging*, *data leakage*, *piggyback and impersonation*, *simulation and*

permitia, entre outros, o contornamento da protecção “Dongle” contra as cópias do programa “Auto-CAD” (124).

4. Ora, ao contrário do Acordo ADPIC, os novos Tratados OMPI consagram regras deste teor, designadas unitariamente pela Comissão como protecção jurídica de sistemas técnicos de protecção e identificação (125).

Relativamente aos sistemas técnicos de protecção, trata-se do dever que incumbe às partes contraentes dos Tratados OMPI de preverem uma protecção jurídica adequada e sanções jurídicas eficazes contra a neutralização das medidas técnicas eficazes utilizadas pelos titulares de direitos de autor e de direitos conexos no quadro do exercício dos seus direitos decorrentes destes Tratados e que restringem a prática, em relação às suas obras e prestações, de actos não autorizados pelos autores respectivos ou permitidos por lei.

No que respeita aos sistemas técnicos de identificação, trata-se da obrigação que incumbe às partes contraentes de preverem protecção jurídica contra qualquer pessoa que, não estando autorizada para o efeito, pratique actos, seja de supressão ou modificação de toda a informação relativa ao regime dos direitos apresentada sob forma electrónica, seja de distribuição, importação para fins de distribuição, radiodifusão ou comunicação ao público, de obras e/ou prestações ou respectivos exemplares sabendo que as informações relativas ao regime dos direitos apresentada sob forma electrónica foram suprimidas ou modificadas sem autorização, e sabendo essa pessoa, ou devendo ter razões válidas para saber, que estes actos vão gerar, permitir, facilitar ou dissimular uma violação aos direitos previstos nestes Tratados ou, para o caso do direito de autor, ainda, à Convenção de Berna. Este dever de conceder protecção jurídica adequada aos sistemas técnicos de informação é completado por uma definição de informações sobre o regime dos direitos, nos termos da qual são as informações que permitem identificar a obra, o autor da obra, o titular de qualquer direito sobre a obra, ou informações sobre as condições e modalidades da sua utilização e todo o número ou código que representa estas informações, na medida em que qualquer destes elementos de informação seja junto ao exemplar da obra, ou apareça relacionado com a comunicação de uma obra ao público, o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para os direitos conexos.

Por outro lado, estas regras de protecção jurídica de sistemas técnicos de identificação e protecção correspondem, em certos termos, à legislação

modeling, v. Sarzana, *Informatica e diritto penale*, p. 69 s.

(124) Cfr. Lehmann, *Le droit d'auteur et protections techniques (Allemagne)*, p. 364-5.

proposta nos EUA constante do apêndice I do NII White Paper (*NII Copyright Protection Act of 1995*). Com efeito, propunha-se aí o aditamento ao título 17 US Code de um capítulo 12, intitulado “protecção dos direitos de autor e sistemas de gestão”, no qual se previa, por um lado, uma proibição geral de contornar dispositivos técnicos de protecção ⁽¹²⁶⁾ e, por outro lado, regras de tutela da integridade da informação de gestão do direito de autor ⁽¹²⁷⁾.

5. Acresce que os Tratados OMPI são mais amplos do que o Acordo ADPIC, uma vez que, para além do já referido, prevêm, ainda, *inter alia*, o reconhecimento de direitos morais aos artistas intérpretes e executantes ⁽¹²⁸⁾, e regras quanto ao direito de distribuição — distinto do direito de aluguer —, definido como o direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público do original ou de exemplares através de venda ou qualquer outra transferência de propriedade, entendidos, neste domínio, o original e as cópias

⁽¹²⁵⁾ Arts. 11.º e 12.º do Tratado OMPI sobre direito de autor e arts. 18.º e 19.º do Tratado OMPI sobre prestações e fonogramas.

⁽¹²⁶⁾ § 1201. Contornamento dos Sistemas de Protecção dos Direitos de Autor: Ninguém deverá importar, produzir ou distribuir qualquer dispositivo, produto, ou oferecer ou prestar qualquer serviço, cujo objectivo principal seja evitar, suprimir, remover, desactivar, ou, por qualquer outro modo, contornar, sem autorização do titular dos direitos de autor ou da lei, qualquer processo, tratamento, mecanismo, ou sistema que previna ou iniba a violação de qualquer dos direitos exclusivos do titular dos direitos de autor nos termos da secção 106.

⁽¹²⁷⁾ § 1202. Integridade da Informação de Gestão dos Direitos de Autor: (a) Informação de gestão dos direitos de autor falsa. Ninguém deverá, com conhecimento, prestar, distribuir publicamente ou importar para distribuição pública informação de gestão dos direitos de autor falsa. (b) Supressão ou alteração de informação de gestão dos direitos de autor. Ninguém deverá, sem autorização do titular de direitos ou da lei, (i) suprimir ou alterar, com conhecimento, qualquer informação de gestão de direitos de autor, (ii) distribuir ou importar para distribuição, com conhecimento, informação de gestão dos direitos de autor que tenha sido alterada sem autorização do titular dos direitos de autor ou da lei, ou (iii) distribuir ou importar para distribuição, com conhecimento, cópias de fonogramas dos quais tenha sido suprimida informação de gestão de direitos de autor sem autorização do titular de direitos de autor ou da lei. (c) Definição. Para efeitos deste capítulo, ‘informação de gestão de direitos de autor’ significa o nome ou outra informação identificadora do autor de uma obra, o nome ou outra informação identificativa do titular de direitos de autor, os termos e as condições de utilização da obra, e quaisquer outras informações que o serviço de registos de direitos de autor possa prescrever por regulamento”.

⁽¹²⁸⁾ Art. 5.º Tratado sobre direitos conexos. Esta solução corresponde à proposta dos japoneses no referido Relatório ACA (p. 246-7).

como objectos tangíveis (129).

De igual modo, o direito de comunicação ao público é definido como o direito exclusivo de autorizar toda a comunicação ao público por fio ou sem fio, incluindo a colocação à disposição do público de maneira que cada um possa ter acesso no local e no momento por si individualmente escolhidos (130). Esta solução de incluir a transmissão em linha a pedido (interactiva ou ponto a ponto) no direito de comunicação ao público, embora distinta da radiodifusão, corresponde à proposta comunitária (131). Com efeito, foi abandonado o entendimento inicial de enquadrar a transmissão em linha interactiva no direito de distribuição e no aluguer (132).

Refira-se, ainda, que, relativamente ao direito à remuneração equitativa por radiodifusão ou comunicação ao público, os artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas têm direito a uma remuneração equitativa e única quando os fonogramas publicados para fins comerciais são utilizados directa ou indirectamente para a radiodifusão ou para uma comunicação ao público; entendendo-se que são publicados para fins comerciais os fonogramas colocados à disposição do público, por fio ou sem fio, de modo a que cada um possa ter acesso a eles no local e no momento por si individualmente escolhido (art. 15.º, 1 e 4, do Tratado sobre prestações e fonogramas). Porém, como se pode ler nas Declarações Acordadas respectivas, “o art. 15.º não representa uma resolução completa do nível de direitos de radiodifusão e comunicação ao público que deveria ser gozado pelo artistas intérpretes ou executantes e pelos produtores na era digital”, mas apenas o compromisso neste momento possível entre as Partes Contraentes.

Por último, nas Declarações Acordadas é afirmada uma proposição de alcance geral que, embora corresponda *grosso modo* a uma proposta não adoptada, permitirá clarificar algumas dúvidas relativamente ao alcance do direito de reprodução no contexto digital. Diz-se aí, com efeito, que “o direito de reprodução, tal como definido no art. 9.º da Convenção de Berna, e as excepções aí permitidas, aplicam-se inteiramente no ambiente digital, em particular na utilização de obras sob forma digital. Entende-se que o carregamento de uma obra protegida sob forma digital num meio electrónico

(129) Declarações Acordadas relativas aos arts. 6 e 7 do Tratado sobre direito de autor e aos arts. 2 (e), 8, 9, 12, e 13 do Tratado sobre prestações e fonogramas.

(130) Art. 8.º do Tratado sobre direito de autor e arts. 10.º, 14.º do Tratado sobre prestações e fonogramas.

(131) Seguimento 1996, p. 12-14.

(132) Livro Verde 1995, p. 59; NII White Paper, p. 213.

constitui uma reprodução no sentido do art. 9.º da Convenção de Berna” (o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para as interpretações e fonogramas protegidos por direitos conexos) ⁽¹³³⁾.

§ 6. ECONOMIA DA INFORMAÇÃO: BALANÇO DE INTERESSES (OS NOVOS MERCADOS E A “INDÚSTRIA DO DIREITO DE AUTOR”)

1. A Proposta de Directiva sobre certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação visa, como vimos, dar execução a grande parte das normas contidas nos novos Tratados OMPI. Numa breve análise dos interesses económico-sociais envolvidos, as medidas da Proposta dirigem-se a um mercado em crescimento superior ao do conjunto da economia. Mercado esse que inclui uma ampla variedade de bens e serviços protegidos pelo direito de autor, que vão desde os produtos tradicionais (produtos impressos, filmes, fonogramas, as obras de arte gráficas ou plásticas, os produtos electrónicos, *maxime* os programas de computador), às radiodifusões por satélite e por cabo, à locação de CD e vídeos, incluindo representações teatrais e concertos, as exposições de arte e os leilões, a literatura e a música. Entre os titulares de direitos, contam-se os autores, os artistas intérpretes e executantes, os produtores de fonogramas, os produtores de filmes e os organismos de radiodifusão.

Como factores desse crescimento apontam-se a generalização da tecnologia digital e o surgimento de novos canais de distribuição (por ex., cabo, satélite e métodos digitais de transmissão), que deram origem, ainda, a novos produtos e serviços abrangidos pela propriedade intelectual (por ex., VHS, CD-Audio, CD-ROM, CD-I). Por outro lado, considera-se que um potencial de crescimento resultará da evolução no sentido da convergência dos sectores do audiovisual, das telecomunicações e da tecnologia da informação, mediante disponibilização através de múltiplos canais de distribuição de conteúdo digitalizado de qualquer tipo, quer se trate de som, dados, imagens, texto ou uma combinação de todos esses elementos (sob forma multimédia), para exploração através de televisão, computador ou outra plataforma electrónica.

No Livro Verde 1995, os novos serviços da Sociedade da Informação são descritos como situando-se “num ponto de convergência dos sectores da informática, das telecomunicações e do audiovisual”, sendo que “no contexto das auto-estradas da informação, a digitalização constitui o denominador comum destes três sectores”; por outro lado, caracterizam-se pela capacidade

de armazenamento de um volume considerável de obras e de dados, bem como pela sua facilidade de acesso, podendo o seu conteúdo “consistir, simultaneamente, em: obras tradicionais e prestações [e] produtos multimédia, ou seja, combinações de dados e de obras de naturezas diferentes, tais como a imagem (fixa ou animada), o texto, a música e os programas informáticos”; ademais, “a interactividade que permite a manipulação dos conteúdos” é apontada como o vector comum de interligação destes serviços, a maior parte dos quais “será operada a partir de bases de dados”, mediante remuneração; ao contrário das emissões radiodifundidas (ponto a multiponto), em que o consumo se faz de forma passiva, os novos serviços são prestados (ponto a ponto) a pedido do consumidor que tem controlo directo sobre os programas (por ex., vídeo a pedido, museus virtuais, jornais electrónicos, tele-ensino, etc.) (134).

2. Depois, distinguem-se neste quadro de convergência tecnológica dois tipos de mercado. Por um lado, o mercado “fora de linha” dos produtos tangíveis como os CD-Audio, VHS, os CD-ROM, CD-I e os DVD. Trata-se, ainda, do sector mais importante em virtude de as redes não serem, actualmente, capazes de transmitir grandes quantidades de dados com a velocidade e qualidade adequadas. Por outro lado, o mercado em linha, através das redes electrónicas, *maxime* a Internet, com as chamadas lojas electrónicas e os serviços interactivos a pedido. Estes serviços consistem em tornar acessível a terceiros de forma permanente uma obra ou outro material (textos, vídeos, audios, produtos mistos, etc.), sob forma digital de modo interactivo.

Isto significa que os utilizadores podem solicitar a partir de uma base de dados a música ou o filme que pretendem, sendo tal informação enviada para o seu computador enquanto sinais digitais, através da Internet ou de outras redes de alta velocidade, para visualização ou descarga, em função da licença aplicável. De igual modo, os serviços interactivos tornam dispensável para os consumidores a aquisição ou o aluguer de cópias físicas, por ex., de livros, vídeos, tal como enciclopédias, música gravada ou produtos mistos.

Considera-se ainda que estas novas possibilidades tecnológicas permitirão:

- 1.º reforçar a competitividade da indústria europeia e as suas quotas de mercado, em especial na área dos conteúdos e da tecnologia da informação;
- 2.º gerar novas oportunidades de emprego, aumentar a prestação de conteúdos

(133) Declarações Acordadas relativas ao art. 1 (4) do Tratado sobre direito de autor

protegidos e a variedade de conteúdos culturais especializados à diversidade cultural e linguística europeia. Todavia, é tido em conta o facto de as novas tecnologias exporem o material protegido a riscos de pirataria à escala mundial, o qual actualmente já é colocado ilegalmente em todo o mundo através das redes à disposição de consumidores pela difusão não autorizada em locais da WWW de programas de computador, fonogramas, videoclips ou gravações piratas de concertos ao vivo. Regista-se, por isso, que a “indústria do direito de autor” pode actualmente perder somas substanciais devido à transmissão não autorizada do seu material protegido através de redes. Nesse sentido, constata-se a preocupação crescente quanto ao facto de a proliferação da transmissão ilegal de material protegido poder comprometer grandemente as vendas em linha lícitas, considerando-se que isso reverterá em prejuízo dos consumidores, uma vez que estes disporão de menos conteúdos ou de conteúdos de menor qualidade ⁽¹³⁵⁾.

§ 7. PROPRIEDADE E DIREITO DE AUTOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

1. A Proposta de Directiva visa harmonizar a nível comunitário certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos. São os direitos de reprodução, de comunicação ao público e de distribuição, incluindo o princípio do esgotamento. Trata-se, ainda, da protecção jurídica de sistemas técnicos de identificação e protecção. Não obstante, para além disso, considera o direito de autor e os direitos conexos como um importante *instrumento político na construção da sociedade da informação*. Nessa medida, propõe-se enquadrar o direito de autor e os direitos conexos na propriedade intelectual, integrando-a no *direito de propriedade*.

Na verdade, a dimensão cultural, económica e social do direito de autor e dos direitos conexos justifica para a Comissão o seu papel de instrumento político da construção da sociedade da informação: “Os direitos de autor e os direitos conexos são considerados um instrumento fundamental da política cultural da Comunidade Europeia. A Sociedade da Informação, e em particular o sector multimédia, reveste-se de uma dimensão cultural que se tem que tomar plenamente em conta (n.º 4 do art. 128.º do Tratado da União Europeia).

e aos arts. 7, 11 e 16 do Tratado sobre prestações e fonogramas.

⁽¹³⁴⁾ Livro Verde 1995, p. 19 s.

[...] Para além do seu valor intrínseco, a cultura tem um valor económico que a insere em certa medida numa lógica de mercado. Torna-se, portanto, necessário que, na Comunidade, os operadores culturais obtenham benefícios económicos. [...] Esta remuneração, que os autores e outros titulares de direitos auferem da utilização das suas obras e prestações, contribui para fomentar o desenvolvimento da produção intelectual e artística na Comunidade. [...] A protecção dos direitos de autor e dos direitos conexos tornou-se uma das componentes essenciais do quadro legislativo necessário à competitividade das indústrias culturais. [...] A competitividade europeia depende, por sua vez, de ideias inovadoras capazes de conduzirem a novos produtos e processos, por sua vez, criadores de emprego” (136).

2. Assim, a Proposta consagra a qualificação dos direitos de autor e dos direitos conexos como instrumento de política comunitária da construção da sociedade da informação. Primeiro, porque protegem e estimulam o desenvolvimento e a comercialização de novos produtos e serviços, bem como a criação e a exploração do seu conteúdo criativo. Segundo, porque se considera que o seu enquadramento legal estimulará consideravelmente, através de uma maior segurança jurídica, os investimentos na criatividade e na inovação, nomeadamente nas infra-estruturas de rede, o que, por sua vez, se traduzirá em crescimento e num reforço da competitividade da indústria europeia, tanto na área do fornecimento de conteúdo e da tecnologia da informação, como, de uma forma mais geral, num vasto leque de sectores industriais e culturais, sendo que este aspecto permitirá salvaguardar o emprego e fomentar a criação de novos postos de trabalho (cons. 2, 3).

Por esta e aquelas razões, sustenta-se que uma harmonização do direito de autor e dos direitos conexos deve basear-se num elevado nível de protecção, uma vez que tais direitos são fundamentais para a criação intelectual e a sua protecção contribui para a manutenção e o desenvolvimento da actividade criativa, no interesse dos autores, dos artistas, intérpretes e executantes, dos produtores, dos consumidores, da cultura, da indústria e do público em geral; nessa medida, entende-se que “a propriedade intelectual deve, consequentemente, ser considerada como fazendo parte do direito de propriedade” (cons. 8).

3. Por outras palavras, o legislador comunitário propõe-se harmonizar

(135) Proposta, p. 4-7 (Capítulo 1: A dimensão económica, social e cultural do

a *vexata quaestio* da natureza jurídica do direito de autor (e dos direitos conexos), tratando-os unitariamente sob o designativo propriedade intelectual e considerando que esta deve, pela referidas razões, integrar o direito de propriedade. Esta orientação fora, aliás, já anteriormente denunciada, escrevendo-se que “o nível tradicionalmente elevado da protecção do direito de autor na Europa deverá ser mantido e mesmo desenvolvido a nível europeu e internacional, reflectindo assim o facto de o objecto em causa ser a propriedade, que é garantida pela constituição em muitos países” (137). Um dos países em que o direito de autor é protegido constitucionalmente como propriedade é a Alemanha. Nas palavras de Gerhard Schricker: “O direito do autor numa obra protegida é considerado um direito de propriedade no sentido da Constituição da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*)” (138).

Assim, a propriedade intelectual, enquanto direito de propriedade *proprio sensu*, parece ser o conceito jurídico utilizado em ordem a que a protecção do direito de autor e dos direitos conexos compossibilite a promoção da actividade criativa, da tutela dos interesses dos autores, dos artistas, dos produtores, dos consumidores, da cultura, da indústria e do público em geral, no contexto político da sociedade da informação. Constitui, portanto, uma diferente abordagem do legislador comunitário, na qual, ao invés de se limitar à harmonização de certas questões do direito de autor e dos direitos conexos relativas ao bom funcionamento do mercado interno — designadamente em

mercado do direito de autor e dos direitos conexos).

(136) Livro Verde 1995, p. 15-6

(137) Seguimento 1996, p. 8 (não obstante se reconhecer que: “Qualquer nova iniciativa legislativa a nível comunitário deve ir ao encontro das necessidades e das práticas correntes nos mercados de aplicação do direito de autor, bem como *integrar-se e adaptar-se às concepções e tradições existentes*. — itálico nosso).

(138) Schricker, in Beier/Schricker/Fikentscher, *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws*, II/A/2. Veja-se também, recentemente, Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, 1999.

(139) A consideração do direito de autor como propriedade poderia colocar obstáculos às medidas de harmonização comunitária neste domínio, uma vez que segundo o princípio firmado no Tratado de Roma (Art. 222), os Estados-membros não teriam atribuído poderes às instâncias comunitárias de ordenação jurídica da propriedade. Não obstante, as cláusulas gerais deste Tratado permitiriam intervenções comunitárias ao nível do exercício e da disposição privada da propriedade, sendo de destacar que a consideração do direito de autor como direito de propriedade ou análogo à propriedade tornaria possível interpretar o Art. 222 no sentido da admissibilidade de especiais configurações ou limites do direito de autor, por ex., no que respeita aos limites do direito de autor ou à exploração exclusiva

matéria de livre circulação de mercadorias e livre prestação de serviços num quadro de livre concorrência empresarial —, propõe-se, ainda, resolver, ou, pelo menos, tomar partido sobre um problema que, tradicionalmente, anima a doutrina: a *vexata questio* da natureza jurídica do direito de autor (e dos direitos conexos). Sendo que elege a concepção destes direitos como fazendo parte do direito de propriedade, considerando-a como a mais adequada ao objectivo da construção da sociedade da informação ⁽¹³⁹⁾.

4. No plano doutrinal, esta será, certamente, uma questão controversa, para além de várias críticas a que se presta o texto da Proposta. Como veremos, as inovações de regulamentação que a Proposta consagra não se destinam, apenas, a dar execução às obrigações decorrentes dos novos Tratados da OMPI, indo para além delas. Um exemplo disso mesmo é a pretendida harmonização das chamadas excepções ao direito de autor, que, a cumprir-se, limitará a um quadro opcional pré-definido a liberdade de os Estados-membros modelarem a sua política de informação no novo ambiente digital, ao contrário do que parecia ser ressalvado pelas Declarações Acordadas dos novos Tratados OMPI. Para além disso, a tomada de posição sobre a ordenação dogmática do direito de autor (e dos direitos conexos), enquadrando-os na propriedade intelectual e considerando-a como fazendo parte do direito de propriedade, constitui uma proposta susceptível, ao que parece, de não reunir consenso.

Por um lado, ao perspectivizar o direito de autor como propriedade intelectual, parece estar em sintonia com a asserção de Ulmer. Nas suas palavras, “o processo intelectual mais significativo, que se afirmou no pensamento do direito de autor, foi a superação da teoria dos privilégios pela teoria da propriedade intelectual. A categoria dos privilégios corresponde ao entendimento de que ao impressor, ao editor ou ao autor é concedido um direito de monopólio que limita a liberdade geral de acção. A teoria da propriedade intelectual contrariamente funda o direito de autor na natureza das coisas: o seu reconhecimento está apenas em que a obra não pertence à comunidade mas antes ao autor, a quem o direito se destina a recompensar. [...] Um monopólio industrial, por ex. um monopólio de sal ou tabaco, pode ser concedido com base em razões conformes a um fim. Aqui não há qualquer criação, que dependa de uma prestação do titular do monopólio. Outra coisa se passa no direito de autor. As leis significam para o direito de autor apenas o reconhecimento e a configuração aproximada de um direito, cuja existência

de determinados direitos de utilização pelos organismos de gestão do direito de autor

está ancorada na consciência jurídica geral. O fundamento jusnatural do direito de autor, que é sublinhado através de uma comparação com a propriedade das coisas, coloca uma exigência ao legislador” (140).

A consideração do direito de autor como propriedade intelectual proposta pelo legislador comunitário não será, portanto, segundo este entendimento, mais do que o reconhecimento de um ‘direito natural’ que se impõe ao legislador, correspondendo a um valor inscrito ou consolidado na consciência jurídica geral, segundo o qual as obras não são de todos, mas antes do autor, a quem se deve a sua criação, e que, por via de um direito decalcado da propriedade das coisas (*Sacheigentum*), recompensa o autor.

Em harmonia com este entendimento afirma Schricker a proposição segundo a qual “o direito de autor quer como direito subjectivo quer também como ordenação jurídico-objectiva é resultado do postulado jusnaturalista da propriedade intelectual do autor sobre a sua obra nos países da Europa continental.[...] Vale aqui também a protecção do direito de autor como direito fundamental do homem: o direito de autor é propriedade segundo o Art. 14 GG. Adicionalmente pode sustentar-se a componente jurídico-personalista no Art. 1, 2(1) GG [...] No quadro do Art. 14 GG emerge o interesse geral, embora cuide simplesmente de modo negativo para ser conduzido como fundamento de limites possíveis do direito de propriedade do autor” (141).

5. Veremos, todavia, que a teoria da propriedade intelectual não é consensual, uma vez que seria susceptível de confundir o direito de autor com o direito de propriedade, o qual, segundo a construção pandectística devida a Puchta, recairia apenas sobre objectos corpóreos (142). Essa é,

(cfr. Dietz, *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, p. 40).

(140) Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 105-6.

(141) Schricker, in Schricker, *Urheberrecht*, Einl., p. 56.

(142) Puchta, *Cursus der Institutionen*, 4. A., II, p. 578: “Wenn auch bei uns das Wort Eigentum von Vielen für alles, was uns irgendwie gehört, gebraucht wird, so hat man doch in der juristischen Sprache dieser vagen Anwendung sich zu enthalten. Wer z.B. von einem Eigentum an Schuldforderungen spricht, der wird schwerlich dem Verdacht entgehen können, daß er die Begriffe und Grundsätze von Eigentum und Obligatio gelegentlich untereinander mengen werde, wozu er sich durch den Mißbrauch der Worte eine glatte Bahn geöffnet hat.” (*apud* Hübner, *Das Grundgesetz und der zivilrechtliche Eigentumsbegriff*, p. 173).

(143) Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 90, p. 57 (referindo ainda como casos de

aliás, a teoria que informa a noção de coisa da lei civil germânica, que posteriormente influenciaria outras codificações.

“Coisas no sentido da lei são apenas objectos corpóreos”, assim reza o § 90 BGB. Ora, as obras literárias e artísticas não seriam objectos corpóreos, pelo que, em rigor, não poderiam ser coisas. Com efeito, em anotação a este preceito escreve-se que não seriam coisas, *inter alia*, a luz (mas não a energia eléctrica), os programas de computador, não podendo, por isso, ser objecto de direitos de propriedade e de posse; sendo que, a aplicação dos preceitos destes institutos aos objectos corpóreos seria “questão do caso concreto” (143).

Refere-se a propósito desta noção de coisa que “nós estamos vinculados ao nosso conceito de coisa do § 90 BGB, o qual prevê apenas objectos corpóreos e com a sua definição regulou também fora do direito civil. Porém, uma análise comparativa mostra que a nossa concepção não pode de modo algum reivindicar o título de exclusividade: Já o direito romano tinha um conceito de coisa mais amplo — com a sua classificação entre *res corporales* e *incorporales*; parece corresponder-lhe em muitos aspectos o conceito inglês ‘thing’, no qual a apreciação jurídica da protecção dos *interesses* no objecto fica livremente em primeiro plano. Também no direito francês deve ser extraído do Art. 516 Code Civil que o conceito de coisas, o qual parece idêntico ao de bens, abrange também objectos incorpóreos e permite uma *propriété incorporelle*. A principal referência surge porém no direito austríaco, onde no § 285 ABGB como coisa em sentido jurídico é abrangido tudo “o que é diferente da pessoa e serve para uso dos homens” [‘was von der Person unterschieden ist und zum Gebrauch der Menschen dient’] — decorrente da noção de Martinis em *Positiones de lege naturali* [1772] ‘omne ens a persona distinctum, quod nobis praestare usum potest’. A própria nova Pandectística, por ex. Thibaut [*System des Pandektenrechts*, 8. A., 1834], entendeu sob o conceito geral coisas corpóreas e incorpóreas. Muito dura foi a posição tomada por Sokolowski contra o conceito de coisa do BGB, e mais recentemente Wieacker [*Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung*, AcP 148] pôs em dúvida a conformidade finalista da nossa definição de coisa, e poder-se-ia ainda perguntar se o princípio da especialidade, que em última análise o conceito não serve, ainda está na forma actual regulado no direito das coisas. Não nos esqueçamos que a nossa rigorosa definição também causou ocasionalmente sérios cuidados especiais, sob o aspecto especial da função de garantia no direito penal pela retirada da energia eléctrica [...]” (144).

objectos não corpóreos a clientela, considerada bem imaterial, e a empresa industrial,

Não obstante, a qualificação dominante do direito de autor neste país é a que o caracteriza, segundo a sua configuração jurídico-positiva, como um “direito absoluto de exclusividade” (*absolutes Ausschließlichkeitsrecht*), em termos de ser um “quasi-dingliches’ Recht”, abrangendo um direito de utilização positivo e um direito de proibição negativo, bem como certas pretensões remuneratórias de natureza obrigacional que se contam no lado jurídico-patrimonial do direito de autor; segundo a sua natureza jurídica, é o direito de autor subjectivo na sua dimensão patrimonial um direito sobre bem imaterial (a obra como “essência imaterial”), enquanto na protecção dos interesses “ideais” é um direito de personalidade; a relação entre os dois aspectos é explicada pela dominante teoria monista, nos termos da qual a protecção dos dois grupos de interesses não se deixa separar, sendo antes efectuada através de um direito unitário, que ocupa “um lugar especial no sistema jurídico” (145).

6. Esta breve excursão pelo direito alemão permite-nos compreender que a Proposta comunitária é susceptível de levantar alguns problemas ao nível do enquadramento dogmático do direito de autor. Se bem que este direito goze de protecção constitucional como direito de propriedade, já semelhante qualificação em face da lei civil deste país depara com o conceito de coisa do BGB.

Além disso, interessa perguntar se a concepção agora proposta do direito de autor como propriedade desvela a linha de intervenção do legislador comunitário. Na verdade, terá sido essa a orientação que presidiu às diversas medidas de harmonização comunitária já adoptadas em matéria de direito de autor e de direitos conexos?

É uma área na qual o legislador comunitário tem assumido especial protagonismo, devendo-se-lhe a adopção de várias directivas no período compreendido entre 1991 e 1996. Sendo que estas medidas são comentadas no sentido de gerarem o “enfraquecimento tendencial do estatuto do autor no decurso da harmonização do direito de autor” (146). Ao mesmo tempo, afirma-se que o processo de harmonização comunitária, de natureza económica, é susceptível de perverter a concepção de *droit d’auteur*, aproximando-a “perigosamente” do *copyright* (147).

considerada um conjunto de coisas e direitos, “Sach- u Rechtsgesamtheit”).

(144) Hübner, *Das Grundgesetz und der zivilrechtliche Eigentumsbegriff*, p. 170-1.

(145) Schricke, in Schricke, *Urheberrecht*, Einl., p. 58-9; sobre a teoria monista, v. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, 114 s.

Mas, terão estas medidas consagrado já a orientação agora proposta? Isto é, as directivas comunitárias sobre direito de autor e direitos conexos serão informadas por uma compreensão destes direitos como fazendo parte do direito de propriedade? Mas será essa propriedade configurada em detrimento do autor?

§ 8. ACERVO COMUNITÁRIO EM DIREITO DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS

1. Apesar do silêncio do Tratado de Roma em matéria de direitos de autor, a Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias cedo entendeu que o direito de autor e os direitos conexos não estavam fora do Tratado, tendo antes implicações diversas nas regras de funcionamento do mercado comum ⁽¹⁴⁸⁾. Nesse sentido apontaria a doutrina do “tratado-quadro” ou “de procedimento” (Reuter), em que os objectivos são formulados, os princípios definidos, mas deixa-se às instituições comunitárias a sua concretização ⁽¹⁴⁹⁾.

Porém, nos primórdios da jurisprudência comunitária sobre propriedade intelectual, “ninguém estava bem seguro de como começar. Primeiro, sustentou-se que o Tribunal não tinha quaisquer competências, porque o Art. 222 dizia que todas as questões de propriedade tinham que ser tratadas pela lei nacional. Depois, entendeu-se que as normas de direito da concorrência

⁽¹⁴⁶⁾ Dietz, *Das Urhebervertragsrecht*, p. 15.

⁽¹⁴⁷⁾ Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, p. 111.

⁽¹⁴⁸⁾ Sobre a harmonização comunitária do direito de autor, v., entre nós, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 699 s; numa perspectiva histórica sobre as possibilidades de harmonização e lançando já a ideia de um direito de autor europeu, v. Dietz, *GRUR Int.* 1978, p. 215, *EIPR* 1985, p. 215.

⁽¹⁴⁹⁾ Kapteyn/Themaat, *Introduction*, p. 29.

⁽¹⁵⁰⁾ Groves/Martino/Miskin/Richards, *Intellectual Property and the Internal Market*, p. 5.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. Bonet, *RTDE* 1984, p. 299 s. Sobre a aplicação do princípio do esgotamento do direito de distribuição, apenas, à venda de cópias materiais (produtos) pelo titular dos direitos ou por terceiro com o seu consentimento, e já não à prestação de serviços, v. Proc. 78/70, *Deutsche Gramophon/Metro*, Rec. 1971, p. 487; Proc. 62/79, *Coditel/Ciné-Vog Films*, Rec. 1980, p. 881; Procs. 55-57/80, *Musikvertrieb Membran/Gema*, Rec. 1981, p. 147; Proc. 279/80, *Polydor/Harlequin Record Shops*, Rec. 1982, p. 329; Proc. 262/81, *Coditel/Ciné-Vog Films*, Rec. 1982, p. 3381; Proc. 156/86, *Warner Brothers and Metronome Video/Christiansen*, Rec. 1988, p. 2605, Proc. 341/87, *EMI Electrola/Patricia*,

dos Arts. 85 e 86 eram aplicáveis. Não foi senão até aos começos de 1970 que se estabeleceu firmemente que os Arts. 30 e 36, relativos à livre circulação de mercadorias, eram aplicáveis” (150).

Assim, não apenas os termos “propriedade comercial” (Art. 36) em sede de restrições à liberdade de circulação de mercadorias — com destaque para o problema do esgotamento do direito de distribuição —, mas também o relevo destes direitos em matéria de livre prestação de serviços e, ainda, a

Rec. 1989, p. 79, Proc. 395/87, *Tournier*, Rec. 1989, p. 2521. Sobre a qualificação das entidades de gestão como empresas para efeitos de aplicação dos arts. 85.º (acordos restritivos) e 86.º (abuso de posição dominante), não se qualificando como empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral para efeitos do regime especial previsto no art. 90.º, 2, do Tratado, v. Proc. 7/82, *GVL*, Rec. 1983, p. 483. Para mais jurisprudência comunitária sobre direito de autor e direitos conexos, v. *Direito Comunitário de Autor*, p. 113 s (abuso de posição dominante das sociedades de gestão na imposição de condições de tarifários iníquos: Proc. 402/85, *Basset/SACEM*, Ac. 9-4-1987, e Procs. 110-241-242/88, *Lucazeau/SACEM*, Ac. 13-7-1989; direito complementar por reprodução mecânica: Proc. C-270/86, *Bizon's Club/SACEM*, Ac. 12-12-1990; princípio da não discriminação: Procs. C-92 e 326/92, *Phil Collins*, Ac. 20-10-1993; abuso de posição dominante pela sociedade de radiodifusão em negar informação da programação: Proc. T-114/92, *Benim Tremblay/Comissão*, Proc. T-5/93, *Tremblay/Comissão*, Acs. TPI 24-1-1995, Procs. C-241 e 242/91 P, *Magill*, Ac. 6-4-1995).

(152) *A Realização do Mercado Interno*, COM(85) 310 final, 14-06-1985, p. 38 ss.

(153) JO L 024, 27-01-1987 (Directiva Topografias de Produtos Semicondutores — DTPS). Note-se que o regime de protecção jurídica instituído por esta Directiva, não obstante aproveitar apenas, *grosso modo*, a pessoas da Comunidade (art. 3.º, 3 e 4) tem sido estendido a pessoas de outros países por diversas Decisões do Conselho (v. Decisão n.º 93/16/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1996, relativa à extensão da DTPS a pessoas dos Estados Unidos da América e de certos territórios, JO L 011, 19-01-93; Decisão n.º 94/700/CE, do Conselho, de 24 de Outubro de 1994, relativa à extensão da DTPS a pessoas oriundas do Canadá, JO L 284, 1-11-94; Decisão n.º 94/824/CE, do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, relativa à extensão da DTPS a pessoas de um membro da Organização Mundial do Comércio, JO L 349, 31-12-1994; Decisão n.º 96/644/CE, do Conselho, de 11 de Novembro de 1996, relativa à extensão da DTPS a pessoas da ilha de Man, JO L 293, 16-11-1996). Trata-se de um regime *sui generis* de propriedade intelectual *tout court*, embora se aproxime mais do regime de outros objectos da propriedade industrial, como sejam os modelos e desenhos industriais, não obstante utilizar conceitos próprios dos direitos de autor (por ex., art. 2.º, 2: “A topografia[...] será protegida na medida em que resulte de um esforço intelectual do seu próprio criador e não seja conhecida na indústria dos semicondutores.”). Refira-se a este propósito que nos EUA o Título 17 do US Code, que contém o Copyright Law, foi alterado pelo *Semiconductor Chip Protection Act of 1984* (Act of November 8, 1984, Pub. L. 98-620, 98 Stat. 3347, 3356), adicionando-lhe o capítulo 9, o qual, todavia, não faz parte do

sujeição dos seus titulares — incluindo as sociedades de gestão — às regras da livre concorrência, estiveram na origem, numa série de casos, da jurisprudência comunitária relativa ao direito de autor e aos direitos conexos, que, por essa via, integrou estes direitos no âmbito do Tratado ⁽¹⁵¹⁾.

Por outro lado, no Livro Branco para o Conselho Europeu sobre a realização do mercado interno, a Comissão considerou a adopção de medidas de harmonização comunitária neste domínio como um instrumento importante para a realização do mercado único ⁽¹⁵²⁾. Sendo que, logo

Copyright Law. No plano internacional, o regime jurídico dos chamados “circuitos integrados” foi estabelecido pelo Tratado sobre a Propriedade Intelectual Relativa aos Circuitos Integrados, assinado em Washington em 26 de Maio de 1989, o qual, todavia, ainda não entrou em vigor por falta de aderentes.

Por outro lado, as instâncias comunitárias têm adoptado outras medidas no domínio do direito da propriedade intelectual no âmbito específico da propriedade industrial, como sejam, para além das que serão adiante referidas, a 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), o Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 29 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO L 011, 14-01-1994), o 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, o 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, o 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). Para um primeiro quadro geral das medidas de harmonização comunitária em matéria de propriedade intelectual, v. Robertson, *Recent Developments*, p. 175 s; Groves/Martino/Miskin/Richards, *Intellectual Property and the Internal Market*, *passim*.

⁽¹⁵⁴⁾ *Direitos de autor e o desafio da tecnologia — aspectos do direito de autor que requerem acção imediata*, COM(88) 172 final, 16-03-1989. O Livro Verde 1988 esteve na base das propostas que a Comissão apresentou no domínio do direito de autor e dos direitos conexos; as questões relativas aos direitos morais de autor, à introdução de um domínio público remunerado, aos direitos de cessão dos artistas não foram directamente tratadas, uma vez que as diferenças de regulamentação nos Estados-membros não afectariam o funcionamento do mercado interno, não sendo a sua harmonização, portanto, “estritamente necessária”; por outro lado, muitas das questões da chamada “Agenda Digital” são já abordadas neste Livro, sendo interessante referir que as soluções ponderadas há dez anos atrás, apesar das críticas ao seu teor mercantilista (v., por ex., Moller, Françon, RIDA 1989, p. 23, p. 129), acabaram, gradualmente, por ser adoptadas. Refira-se, ainda, que a pirataria audiovisual tinha já sido objecto de uma medida comunitária: a Resolução dos representantes dos governos dos Estados-membros, de 24 de Julho de 1984, relativa à luta contra a pirataria audiovisual (JO C 204, 3-8-1984).

após este documento, seria, aliás, num domínio próximo, adoptada a Directiva 87/54/CEE, do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores ⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ *Seguimento a dar ao Livro Verde — programa de trabalho em matéria de direitos de autor e direitos conexos*, COM(90) 584 final, 17-01-1991.

⁽¹⁵⁶⁾ 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.

⁽¹⁵⁷⁾ 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.

⁽¹⁵⁸⁾ 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 (posteriormente a esta Directiva seria aprovada pelo Conselho da Europa, em 11 de Maio de 1994, em Estrasburgo, a Convenção Europeia relativa a questões sobre direito de autor e direitos vizinhos no quadro da radiodifusão transfronteiras por satélite).

⁽¹⁵⁹⁾ 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.

⁽¹⁶⁰⁾ 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.

⁽¹⁶¹⁾ A Comissão tem apresentado propostas noutros domínios. Assim, por ex., relativamente ao direito de sequência, a Comissão apresentou já uma proposta de Directiva, que, todavia, ainda não foi adoptada [Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao direito de sequência em benefício do autor de obra de arte original (COM(96) 97 final, 13-03-1996: na Exposição de Motivos define-se o direito de sequência como o “direito que pertence ao autor, e após a sua morte aos seus herdeiros ou outros sucessores legítimos, de receber uma percentagem do preço de uma obra pertencente ao domínio geral das artes gráficas e plásticas obtido por ocasião da sua revenda ao público em leilão ou mediante a intervenção de agentes comerciais”— p. 2; sendo que, as obras de arte abrangidas pelo direito de sequência são, nos termos do art. 2.º, “os manuscritos e as obras de artes plásticas, como sejam quadros, colagens, pinturas, desenhos, gravuras, estampas, litografias, esculturas, tapeçarias, cerâmicas e fotografias, na medida em que representem criações inteiramente executadas pelo artista ou que se trate de exemplares considerados como obras de arte originais de acordo com os usos da profissão na União Europeia”; por seu turno, o direito de sequência em benefício do autor de uma obra de arte original, assim definida, caracteriza-se, nos termos do art. 1.º, “como direito inalienável aplicado como p[er]centagem sobre o preço de venda obtido na sequência de qualquer revenda de que a obra seja objecto após a primeira cessão praticada pelo autor, com excepção das transacções efectuadas por qualquer pessoa agindo na qualidade de particular.”].

Por outro lado, nas Directivas Televisão I e II são previstas regras relativas à promoção

2. Ora, tendo em conta a jurisprudência já firmada, a Comissão apresentou o histórico Livro Verde sobre os direitos de autor e o desafio da tecnologia ⁽¹⁵⁴⁾, no qual abordou os problemas da pirataria, da reprodução privada de obras sonoras e audiovisuais, do direito de distribuição e de locação de fonogramas e de videogramas, da protecção jurídica dos programas de computador e da exploração de bases de dados e, ainda, das limitações da protecção dos titulares de direitos da Comunidade nos países terceiros. Depois, na sequência da Comunicação subsequente da Comissão ⁽¹⁵⁵⁾, foram adoptadas diversas Directivas sobre direito de autor e direitos conexos, a saber: Directiva Programas de Computador ⁽¹⁵⁶⁾, A Directiva Aluguer e Comodato ⁽¹⁵⁷⁾, a Directiva Satélite e Cabo ⁽¹⁵⁸⁾, a Directiva Duração da Protecção ⁽¹⁵⁹⁾, e a Directiva Bases de Dados ⁽¹⁶⁰⁾ ⁽¹⁶¹⁾.

Por outro lado, a estas medidas junta-se a Resolução do Conselho, de 14 de Maio de 1992, relativa ao reforço da protecção dos direitos de autor e direitos conexos, nos termos da qual “os Estados-membros da Comunidade que ainda não o fizeram se comprometem a tornar-se, até 1 de Janeiro de 1995, partes do Acto de Paris da Convenção de Berna e na Convenção de Roma e

da distribuição e da produção de programas televisivos, isto é, de “obras europeias” (art. 6.º), considerando-se que “a fim de promover a produção de obras europeias, é essencial que a Comunidade, tendo em conta a capacidade audiovisual de cada Estado-membro e a necessidade de proteger as línguas menos utilizadas na União Europeia, apoie os produtores independentes” (cons. 31 Directiva Televisão II; v. nova Lei da Televisão, arts. 36 e seg.). Todavia, não são definidos regimes de direito de autor e direitos conexos propriamente ditos, ocupando-se, antes, de outras questões relativas à comunicação comercial, como sejam a publicidade televisiva, o patrocínio e, ainda, as televendas, e à protecção de menores [v., sobre o ponto: Livro Verde da Comissão relativo à *Comunicação Comercial no Mercado Interno* (COM(96) 76 final, 06-03-1996); Livro Verde da Comissão sobre a protecção dos menores e da dignidade da pessoa humana nos novos serviços audiovisuais e de informação (COM(96) 483, 16-10-1996), e a Proposta de Recomendação do Conselho relativa à *protecção dos menores e da dignidade humana nos serviços audiovisuais e de informação* (COM(97) 570, 18-11-1997); v. ainda, recentemente, a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, *Seguimento do Livro Verde sobre a Comunicação Comercial no Mercado Interno* (COM(1998) 121 final, 04-03-1998), na qual se propõe a criação de um grupo de peritos da comunicação social, acompanhado pela constituição de uma rede de peritos académicos, em ordem a examinar questões relativas à protecção de menores, à legislação sobre concorrência desleal e assuntos conexos, ao patrocínio, às afirmações publicitárias e à publicidade enganosa, aos sistemas de recurso e à aplicação do método de avaliação da proporcionalidade a nível nacional]. Outras medidas sobre direito de autor e direitos conexos estão em estudo, relativamente, *inter alia*, aos problemas da cópia privada, da

a assegurar o seu respeito efectivo no seu sistema jurídico” (162).

Esta medida tem em conta que a exploração das obras a nível internacional foi favorecida pelo progresso das tecnologias e que a Convenção de Berna para a protecção das Obras Literárias e Artísticas no Acto de Paris de 24 de Julho de 1971 (Acto de Paris da Convenção de Berna) e a Convenção Internacional de Roma sobre os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão de 26 de Outubro de 1961 (Convenção de Roma) permitem assegurar um nível mínimo de protecção aos direitos de autor e a direitos conexos face ao problema da pirataria, sendo, nessa medida, necessário que todos os Estados-membros da Comunidade sejam deles partes e, até, que se alargue a países terceiros.

§ 9. CONVENÇÃO DE BERNA (ACTO DE PARIS 1971): “MAGNA CARTA DO DIREITO DE AUTOR”

1. A Convenção de Berna (Acto de Paris 1971) (163) é, assim, adoptada a nível comunitário como o quadro de referência do direito de autor, constituindo, actualmente, na verdade, a “magna carta do direito de autor”, realizando um conjunto de compromissos entre as principais concepções tradicionais deste instituto (164). Tanto mais que os novos Tratados OMPI destinam-se, apenas, a complementá-la, adaptando-a ao ambiente digital.

reprografia, do direito moral e da gestão colectiva.

(162) JO C 138, 28-5-92.

(163) 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.

(164) Stewart, *International Copyright*, p. 9.

(165) A Convenção de Berna e a Convenção de Roma constituem os principais instrumentos internacionais relativos ao direito de autor e a direitos conexos, tendo ambos sido, juntamente com a Convenção de Paris relativa à propriedade industrial e o Tratado sobre a Propriedade Intelectual relativa a Circuitos Integrados, “incorporados” pelo Acordo ADPIC; “de fora” ficou a Convenção Universal sobre direito de autor. Sobre as convenções internacionais, v. Ricketson, *Berne Convention*, 1987; Desbois/Françon/Kerever, *Les conventions internationales*, 1976; Stewart, *International Copyright*, 1989; Nordemann/Vinck/Hertin, *International Copyright*, 1990; v. ainda,

Ao contrário da Convenção de Roma, que a nível comunitário terá sido superada pela harmonização em matéria de direitos conexos trazida pela Directiva Aluguer e Comodato, a Convenção de Berna constitui, verdadeiramente, o quadro de referência do direito de autor, também adoptado, aliás, pelo Acordo ADPIC ⁽¹⁶⁵⁾. Nas suas linhas gerais, a Convenção de Berna assenta em três princípios fundamentais e contém uma série de disposições que garantem um mínimo de protecção aos autores em relação às suas obras.

2. Em termos gerais, os três princípios fundamentais analisam-se nos seguintes termos. Primeiro, o princípio do tratamento nacional, nos termos do qual, as obras tendo por origem um dos Estados contraentes (isto é, as obras cujos autores são nacionais ou residentes habituais de um desses Estados ou que foram aí publicados pela primeira vez) devem beneficiar em cada um dos outros Estados contraentes da mesma protecção que aí é atribuída às obras dos seus próprios nacionais. Segundo, o princípio da protecção automática, que significa que a protecção não deve ser sujeita a qualquer formalidade (por ex., registo, depósito). Terceiro, o princípio da independência da protecção, segundo o qual esta protecção é independente da existência de protecção no país de origem da obra, embora a protecção possa ser recusada, em certos termos, se tiver cessado no país de origem, no caso em que um Estado contraente prevê uma duração mais longa do que o mínimo prescrito pela Convenção e a obra cessou de ser protegida no país de origem ⁽¹⁶⁶⁾.

3. Depois, os mínimos de protecção garantidos referem-se às obras, aos direitos que devem ser protegidos e à duração de protecção. Para começar, quanto às obras, a protecção deve aplicar-se a todas as “produções do domínio

Desjeux, *Convention de Rome*, 1966; Bogisch, *Universal Convention*, 1968; Ulmer, *The International Conventions*, 1987.

⁽¹⁶⁶⁾ Note-se que o direito de sequência — *droit de suite* — previsto no Art. 14ter, também importa um desvio a este princípio, no sentido da reciprocidade material, uma vez que o autor de obras de arte originais e manuscritos originais — ou após a sua morte as pessoas ou instituições a que a legislação nacional der legitimidade para tal — goza de um direito inalienável de beneficiar das operações de venda de que a obra for objecto depois da primeira cessão praticada pelo autor, mas essa protecção só é exigível em cada País da União se a legislação nacional do autor admitir essa protecção e na medida em que o permita a legislação do país em que essa protecção é reclamada.

literário, científico e artístico, qualquer que seja o seu modo de expressão”; noção esta que é ilustrada através de um catálogo de exemplos não taxativo⁽¹⁶⁷⁾ (por ex., livros, conferências, composições musicais, obras cinematográficas, obras fotográficas, obras de desenho pintura), abrangendo, ainda, as obras derivadas (por ex., traduções, adaptações) e as compilações de obras literárias ou artísticas (por ex., enciclopédias e antologias) que, pela escolha ou disposição das matérias, constituem criações intelectuais, sem prejuízo dos direitos dos autores das obras compiladas.

Relativamente aos direitos, prevê direitos patrimoniais e direitos morais. Quanto aos primeiros, sob reserva de certas restrições, limitações ou excepções admitidas, entre os seguintes direitos figuram aqueles que devem ser reconhecidos como direitos exclusivos de fazer ou autorizar. Primeiro, o direito de tradução, adaptação e transformação da obra. Segundo, o direito de representação ou execução em público das obras dramáticas, dramático-musicais e musicais. Terceiro, o direito de recitação em público de obras literárias. Quarto, o direito de comunicação ao público da representação ou execução destas obras. Quinto, o direito de radiodifusão (com a possibilidade de os Estados contraentes preverem um simples direito a uma remuneração equitativa em lugar do direito de autorização). Sexto, o direito de reprodução de qualquer maneira e por qualquer forma (com a possibilidade de os Estados contraentes permitirem em certos casos especiais a reprodução não autorizada se ela não prejudicar a exploração normal da obra nem causar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor, e de preverem um direito a uma remuneração equitativa para as gravações sonoras de obras musicais). Sétimo, certos direitos especiais relativamente a determinadas obras, como, em certos termos, o direito de sequência.

⁽¹⁶⁷⁾ Ricketson, *The Berne Convention*, p. 235.

⁽¹⁶⁸⁾ A Convenção de Berna não impedirá, porém, que os autores possam alinear, temporária ou permanentemente, os seus direitos morais (Ricketson, *The Berne Convention*, p. 467), embora tais direitos integrem o mínimo imperativo do regime convencional (v. Nordemann/Vinck/Hertin, *International Copyright*, p. 88).

⁽¹⁶⁹⁾ Stewart, *International Copyright*, p. 159; Nordemann/Vinck/Hertin, *International Copyright*, p. 48; Dietz, RIDA 1993, p. 3 s.

⁽¹⁷⁰⁾ A limitação da duração da protecção visa conciliar o encorajamento da criação de obras com a maximização do acesso público às obras (v., por ex., Ricketson, *The Berne Convention*, p. 89). A Convenção de Berna prevê, ainda, disposições especiais para os países em vias de desenvolvimentos, os quais, em conformidade com os critérios da Assembleia Geral das Nações Unidas, gozam da faculdade de não aplicar, em relação a certas obras e sob determinadas condições, os mínimos de protecção no que respeita ao direito

Por outro lado, a Convenção prevê também direitos morais, que consistem no direito de reivindicar a paternidade da obra e no direito de se opôr a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da obra ou a qualquer atentado que possa ser prejudicial à honra e reputação do autor ⁽¹⁶⁸⁾; sendo que o autor parece ser entendido como a pessoa que criou a obra ⁽¹⁶⁹⁾. Quando à duração da protecção, a regra geral é a da protecção durante 50 anos *post mortem auctoris*, regra esta que sofre excepções nos casos de obras anónimas ou sob pseudónimo, de obras audiovisuais (cinematográficas), e das obras de artes aplicadas, casos em que a protecção se conta a partir do momento em que a obra é tornada acessível ao público ou da sua criação, consoante os casos ⁽¹⁷⁰⁾.

§ 10. HARMONIZAÇÃO E TRADIÇÕES NACIONAIS: DICOTOMIA *DROIT D'AUTEUR* / *COPYRIGHT*

1. Se, por um lado, as medidas de harmonização comunitária do direito de autor e dos direitos conexos são integradas no quadro da Convenção de Berna, por outro, integram duas concepções tradicionalmente distintas deste instituto, as quais coexistem, de há uma década a esta parte, no quadro desta Convenção.

Trata-se da dicotomia entre a concepção de *copyright* dos sistemas de *Common Law* e a concepção do *droit d'auteur* dos sistemas de *Civil Law*, historicamente firmada ⁽¹⁷¹⁾. Apesar de não dever ser sobrevalorizada ⁽¹⁷²⁾,

de tradução e ao direito de reprodução.

⁽¹⁷¹⁾ Vide Sidjanski/Castanos, *Droit d'auteur ou copyright*, 1954; Patterson, *Copyright and Author's Rights: a Look at History*, 1968. Para uma síntese, v. Françon, RIDA 1991, p. 2.

⁽¹⁷²⁾ Stewart, *International Copyright*, p. 9.

⁽¹⁷³⁾ Para além do UrhG, são de referir a *Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten* (1965 — UrhWG) e a *Gesetz über das Verlagsrecht* (1901 — VerlG).

⁽¹⁷⁴⁾ Com a aprovação do CPI (L. n.º 92-597, 1-9-1992), o legislador francês reuniu num só diploma a lei relativa à propriedade literária e artística de 1957 (isto é, o direito de autor e os direitos conexos, 1.ª parte), e o regime da propriedade industrial (2.ª parte). Ainda nos países latinos, refira-se que em Itália vigora a *Legge 22 aprile 1941 n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio)*, e, em Espanha vigora a *Lei de Propiedad Intelectual* (1987 — LPI).

⁽¹⁷⁵⁾ Desbois, *Le droit d'auteur*, p. 263.

esta dicotomia de concepções constitui o horizonte de tradições conceptuais das medidas de harmonização comunitária. De um lado, a lei britânica *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (CDPA) representa a primeira concepção. De outro lado, como representantes da segunda concepção podemos referir a lei alemã *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte 1965* (UrhG) ⁽¹⁷³⁾ e, nos países latinos, o *Code de la Propriété Intellectuelle 1992* (CPI) ⁽¹⁷⁴⁾. Sendo que, tradicionalmente, em razão da sua “estrutura dualista” ⁽¹⁷⁵⁾, o modelo latino do *droit d’auteur* distingue-se do monismo germânico do *Urheberrecht* ⁽¹⁷⁶⁾. Isso não obsta, porém, a que, tradicionalmente, comunguem ambos, ao nível dos princípios, da concepção do *droit d’auteur*, por contraposição ao *copyright*.

Vamos caracterizar, brevemente, estas duas concepções, procurando evitar uma atitude juscomparatística de “*contrabando* de conteúdos normativos estrangeiros” ⁽¹⁷⁷⁾. Acompanharemos, para o efeito, as análises de Strowel e Julia Ellins ⁽¹⁷⁸⁾. Ao invés da primeira, que abrange as experiências francófona e estadunidense, esta última abordagem centra-se apenas na comparação entre o direito alemão e o direito inglês. Interessa-nos, também, sobretudo, compreender as semelhanças e diferenças entre as concepções do instituto no quadro da harmonização comunitária, tendo em conta, porém, o modelo latino. Sendo que esta última abordagem acentua especialmente as diferenças entre as duas concepções. Em causa está a contraposição entre dois modelos históricos de caracterização do direito de autor, desde logo, a partir dos seus fundamentos. Enquanto a noção de *droit d’auteur* é baseada no “princípio do criador” (*Schöpferprinzip*), a concepção do *copyright* seria informada pelo “princípio da protecção do investimento (*Investitionsschutzprinzip*)”. Assim, o *copyright* protegeria os investimentos dos criadores e dos produtores, em ordem à comercialização nos mercados nacionais e internacionais dos produtos que criam, tratando-se de uma concepção destinada a acautelar, em primeira linha, os interesses económicos dos agentes envolvidos, não sendo protegida a personalidade dos criadores senão na medida em que não entrasse a comercialização dos objectos protegidos pelo *copyright*. No cerne do *copyright* estariam as obras (*works*), em torno das quais gravitariam os criadores em condições de paridade com os produtores e outros agentes de exploração económica

⁽¹⁷⁶⁾ Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 113.

⁽¹⁷⁷⁾ Bronze, *A problemática da reflexão juscomparatística*, p. 59.

⁽¹⁷⁸⁾ Strowel, *Droit d’auteur et copyright*, 1993; Ellins, *Copyright Law, Urheberrecht*, 1997. Veja-se agora a nossa *Recensão* (“droit ‘auteur’ / ‘copyright’”), BFD 1998, p. 801.

das obras; sendo que, apesar da sua posição comparativamente mais fraca nas relações negociais, os autores não beneficiariam de qualquer protecção legal especial, ficando entregues aos princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual (*freedom of contract*), e restando-lhes o recurso, em situações de impotência, aos meios jurídicos gerais do *Common Law*. Com efeito, o CDPA seria o resultado de uma tradição orientada pela protecção do investimento através da *intellectual property*, revestindo o *copyright* valor de disposição ⁽¹⁷⁹⁾.

2. Para começar, relativamente ao objecto de protecção, o princípio da protecção do investimento traduz-se num conceito amplo de obras (*works*). O termo *works* unificou as anteriores categorias de *original works* e *subject matters*, eliminando a distinção entre direito de autor e direitos conexos (*copyright e neighbouring rights*), ou melhor, reduzindo esta última categoria aos *rights in performances* (CDPA, Part II). Ao contrário da concepção do *droit d'auteur*, o objecto do *copyright* é constituído apenas pelas obras (*works*), as quais englobam não apenas as criações dos autores mas também as prestações empresariais, nomeadamente, dos produtores ⁽¹⁸⁰⁾.

Depois, no âmbito das categorias clássicas de obras, a jurisprudência britânica tende a conceder o *copyright* a praticamente todas as prestações que cumprissem o critério mínimo do “labour, skill and judgment”, segundo a máxima, “what is worth copying is *prima facie* worth protecting” (*University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd.*, 1916), uma vez que, nas palavras de Justice Peterson, “a Lei não exige que a expressão deva ser de forma original ou nova, mas apenas que a obra não seja copiada de outra — que deva originar do autor”. Tradicionalmente, a pura prestação de investimento é considerada suficiente para reclamar protecção pelo *copyright*, parecendo, apenas, em excepção, exigir-se um nível criativo especial (*artistic quality*), como, designadamente, no campo das obras de artes aplicadas (por ex., obras de arquitectura: § 4 CDPA).

A razão de ser deste baixo nível de exigência prender-se-á com a

⁽¹⁷⁹⁾ Ellins, *Copyright, Urheberrecht*, p. 85 s.

⁽¹⁸⁰⁾ §1(1) CDPA: “Copyright is a property right which subsists[...] in the following descriptions of work: *a*) original literary, dramatic, musical and artistic works, *b*) sound recordings, films, broadcasts or cable programmes, and, *c*) the typographical arrangement of published editions”.

⁽¹⁸¹⁾ Ellins, *Copyright, Urheberrecht*, p. 90 s.; Strowel, *Droit d'auteur et copyright*,

inexistência de uma proibição geral da concorrência desleal (*unfair competition*), que confira protecção em termos abrangentes contra a apropriação abusiva resultante de actos desleais de exploração de prestações de terceiros. Este entendimento seria expresso nas palavras do Lord Justice Fry: “Traçar uma linha entre concorrência leal e desleal, entre o que é razoável e o que é irrazoável, ultrapassa o poder do Tribunal” (*Mogul Steamship C. Ltd. v McGregor Gow Ltd.*, 1892). Não sendo uma cláusula geral de proibição da concorrência consonante com a tradição do sistema de *case-law* nem com o papel reconhecido da liberdade contratual e concorrencial, o *copyright* seria, na opinião de autores como Cornish, um instrumento de protecção de prestações de reduzido valor ⁽¹⁸¹⁾.

Ora, em contraposição, na concepção continental dos países de *Civil Law* o princípio do criador significa que o *droit d’auteur* é apenas destinado a proteger o autor pelas suas criações intelectuais pessoais no domínio da literatura, da ciência e da arte ⁽¹⁸²⁾. As criações do espírito deverão ser originais e exprimir a personalidade do autor.

Nisso se funda o critério de originalidade personalista do direito francês, conhecido por “*apport intellectuel*”. No direito alemão, a originalidade define-se pelo critério da “criação intelectual pessoal” (§ 2(2) UrhG: *persönliche geistige Schöpfung*), cuja interpretação é mediada pelos conceitos de individualidade e de *Gestaltungshöhe*. Individualidade significa que a obra deverá ter “feições pessoais”, “exprimir um espírito individual”, ou “ser cunhada da personalidade do autor”; por seu turno, o critério *Gestaltungshöhe*, por vezes caracterizado como um “aspecto quantitativo da individualidade”, será particularmente exigente no domínio das artes aplicadas, pois que, de outro modo, poderão ser protegidas pelo direito dos modelos e desenhos industriais. Nessa medida, as puras prestações de investimento não satisfarão a bitola do

p. 395, 461 s.; v., ainda, Cornish, *Intellectual Property*, p. 329 s.

⁽¹⁸²⁾ § 1 UrhG: “Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst genießen für ihre Werke Schutz[...]”; § 11 UrhG: “Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes.”

Art. L. 111-1 CPI: “L’auteur d’une oeuvre de l’esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de la création, d’un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous”; Art. L. 112-1 CPI: “Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l’esprit, quels qu’en soient le genre, la forme d’expression, le mérite ou la destination.”

⁽¹⁸³⁾ Ellins, *Copyright Law, Urheberrecht*, p. 86 s.; Strowel, *Droit d’auteur et copyright*,

droit d'auteur, à excepção dos chamados “trocos” (*kleinen Münze*), cuja protecção pelo *Urheberrecht* é, porém, criticada pelos autores, sendo proposta, em alternativa, a sua tutela pelo direito da concorrência desleal ou por via de um direito conexo; de todo o modo, a limitação do direito de autor ao domínio da actividade criativa de certo nível, com exclusão da mera banalidade, será possível, uma vez que o sistema de repressão da concorrência desleal serve geralmente de base de protecção para os meros produtos de investimento e trabalho, nas fronteiras entre os objectos protegidos e os não protegidos pelo direito de autor ⁽¹⁸³⁾.

3. Em segundo lugar, na concepção do *copyright*, em consonância com a noção ampla de obra, o termo autor designa não apenas o criador de categorias clássicas de “obras”, mas também os produtores de fonogramas, filmes, programas de radiodifusão, e, ainda, os editores em relação a arranjos tipográficos, resultando num conceito amplo de autoria (*authorship*). Os autores distinguem entre direitos de autor *proprio sensu* e direitos empresariais, utilizando a terminologia *authors' rights* e *entrepreneurial rights* para nomear as duas categorias de titulares de direitos. Todavia, a noção legal de obra (*works*) e o respectivo conceito de autor (*author*) abrangerá ambas as categorias.

Assim, o princípio da protecção do investimento alarga o conceito de autor aos produtores da indústria da cultura, concedendo protecção a todos os que realizam investimentos criativos, financeiros, técnicos ou organizatórios. Todas estas formas de suportes de investimento contribuem para a configuração de obras e participam na formação do produto final, tal como ele se apresenta ao público. Na concepção britânica, cada contribuição singular — desde o projecto intelectual da obra até à sua formatação através de modernos meios de produção — será tida como uma prestação para a expressão final, entendendo-se, por isso, que todos os participantes no processo produtivo devem ser considerados, em face da lei, autores.

p. 401 s., 431 s.

⁽¹⁸⁴⁾ § 9 CDPA: “In this Part author, in relation to a work, means the person who creates it.”

⁽¹⁸⁵⁾ § 11(1) CDPA: “The author of a work is the first owner of any copyright in it[...];” 11(2) CDPA: “Where a literary, dramatic or artistic work is made by an employee in the course of his employment, his employer is the first owner of any copyright in the work subject to any agreement to the contrary”; em termos semelhantes, v. 17 US Code § 101 (definição de *works made for hire*) e § 201(b) (considerando como autor o empregador ou qualquer outra pessoa para a qual a obra tenha sido realizada no quadro

O termo autor não designará exclusivamente a pessoa que exerça uma especial actividade criativa, englobando também os agentes de produção. Depois, tanto pode ser considerado autor o criador de uma obra clássica como o produtor de um fonograma, o qual, via de regra, será uma pessoa jurídica ⁽¹⁸⁴⁾. Acresce que não existe unidade entre autoria (*authorship*) e titularidade originária dos direitos (*first ownership of copyright*). Com efeito, no domínio dos chamados autores assalariados (*employed authors*) o princípio da protecção do investimento traduz-se na atribuição originária da titularidade do *copyright* ao empregador ⁽¹⁸⁵⁾, o qual suporta o risco empresarial do investimento, assumindo, de igual modo, a direcção e responsabilidade da produção. O autor, por seu turno, não terá essa responsabilidade, recebendo o seu salário independentemente do êxito da empresa. Em reconhecimento pelo seu investimento empresarial, ao empregador é atribuída a qualidade de titular originário do *copyright*, sendo irrelevante para a titularidade originária do *copyright* o facto de, na maioria dos casos, o empregador ser uma pessoa jurídica.

De acordo com esta tradição, as pessoas jurídicas adquirem originariamente o *copyright* desde o tempo dos *Stationers*. O autor poderá chamar-se assim, mas não é titular dos direitos de exploração económica por força da lei. Apesar de ser admitida estipulação contratual em contrário à regra da atribuição originária do *copyright* nos *employed authors*, a desigualdade de força negocial das partes só excepcionalmente o permitirá. Além disso, é ainda admitida a protecção de obra gerada por computador em termos de não haver qualquer intervenção humana, atribuindo-se o *copyright* à pessoa que for responsável pelos arranjos necessários à sua criação (§§ 9(3), 178 CDPA) ⁽¹⁸⁶⁾.

Ora, em contraposição, segundo o princípio do criador o *droit d'auteur* é reservado para os criadores de bens do espírito. As pessoas que exerçam a divulgação cultural ou empresarial da obra (por ex., os artistas intérpretes e executantes, os produtores de fonogramas e de filmes, as empresas de radiodifusão) poderão apenas ser titulares de direitos distintos do *droit d'auteur*: o seu domínio seria o dos direitos conexos ou direitos de protecção de prestações artísticas ou empresariais. No direito francês, os direitos conexos (*droits voisins*) não se confundem com o direito de autor, integrando os direitos

dos *works made for hire*).

⁽¹⁸⁶⁾ Strowel, *Droit d'auteur et copyright*, p. 375 s.; Ellins, *Copyright, Urheberrecht*, p. 126 s.; v., ainda, Cornish, *Intellectual Property*, p. 401 s.; Bainbridge, *Intellectual Property*, p. 65 s.

⁽¹⁸⁷⁾ Ellins, *Copyright Law, Urheberrecht*, p. 126 s.; Strowel, *Droit d'auteur et*

dos artistas intérpretes, dos produtores de fonogramas, videogramas e filmes, e as empresas de comunicação audiovisual (Arts. L. 211 — L. 216 CPI). De igual modo, no direito alemão, ao lado do conceito de obra (*Werk*) está o conceito de prestação (*Leistung*), constituindo o primeiro o objecto do

copyright, p. 355 s.

⁽¹⁸⁸⁾ Strowel, *Droit d'auteur et copyright*, p. 323 s.; v. ainda, Corbet, *Code de Propriété Intellectuelle*, p. 19. Refira-se, a propósito, que o direito espanhol parece aproximar-se mais do monismo germânico no que respeita às transmissões definitivas dos direitos patrimoniais, que se consideram inadmissíveis; não obstante, nas chamadas obras colectivas, sustenta-se que apesar de ser “atribuída originariamente ao editor que a divulga”, tratar-se-ia de uma “transmissão de direitos operada ex lege” em relação às contribuições individuais (Rodríguez Tapia, *La cession en exclusiva*, p. 192, 115, 117). Esta referência às obras colectivas remete-nos para uma figura do modelo latino de *droit d'auteur* não conhecida no direito alemão. A chamada obra colectiva é, com efeito, apontada como uma excepção ao princípio da unidade autoria/titularidade originária dos direitos.

Com efeito, no direito francês, a obra colectiva é definida como a “obra criada por iniciativa de uma pessoa física ou moral que a edita, publica e divulga sob sua direcção e em seu nome, e na qual a contribuição pessoal dos diversos autores participantes na sua elaboração funda-se no conjunto em vista do qual foi concebida, sem que seja possível atribuir a cada um deles um direito distinto sobre o conjunto realizado” (Art. L. 113-2 CPI). A importância desta qualificação traduz-se em sede de atribuição dos direitos, uma vez que “a obra colectiva é, salvo prova em contrário, propriedade da pessoa física ou moral em nome da qual é divulgada / Esta pessoa é investida nos direitos de autor” (Art. L. 113-5). Idêntica solução foi adoptada pelo legislador espanhol (art. 8.º, 1 e 2, LPI), em termos que constituem “uma transcrição descarada” da lei francesa (Vega Vega, *Derecho de autor*, p. 81, n. 19).

Prima facie, parece que os direitos são atribuídos originariamente a outrem que não o criador, podendo o beneficiário ser, *inclusive*, uma pessoa jurídica. Nesse sentido, sustenta-se que “o direito de autor pertence originariamente à pessoa física ou moral que divulga [...] a obra colectiva [...] que é portanto a excepção” (Plaisant, *Le droit des auteurs*, p. 42-3). A isso não se oporia, aliás, a natureza disponível dos direitos patrimoniais. Acresce tratar-se, em regra, de obras anónimas, em que a contribuição individual dos participantes se esfumaria, “ressaltando, em troca, o trabalho de direcção e coordenação da pessoa física ou jurídica que, tendo tomado a iniciativa da mesma, ostentará, com carácter exclusivo em via de princípio, a titularidade do direito de propriedade intelectual sobre esta” (Rogel Vide, *Autores*, p. 195).

Todavia, a favor da tese da cessão legal dos direitos patrimoniais poderia invocar-se a 2.ª parte da norma francesa, que utiliza a expressão “investida nos direitos”, sugerindo que se trata de uma aquisição derivada por força da lei. A doutrina considera que as “obras colectivas fazem figuras de intrusos numa lei carregada de humanismo” (Desbois, *Le droit d'auteur*, p. 206), sendo recorrente a afirmação da sua natureza única e excepcional e sustentando-se, mesmo, a defesa da sua substituição pela figura das obras coordenadas

direito de autor (*Urheberrecht*) e o segundo objecto dos direitos conexos (*Leistungsschutzrechte*: §§ 79 s UrhG).

Depois, como consequência directa do princípio do criador, o *droit d'auteur* parte do princípio de que a obra apenas pode ser gerada ou ter origem na personalidade do criador, o autor. A criação é expressão de um espírito individual, pelo que só as pessoas humanas poderão ser consideradas autores (§ 7 UrhG). Acresce que, no monismo germânico, as pessoas jurídicas podem apenas adquirir derivadamente do autor direitos para a utilização da obra ou, ainda, ser titulares de direitos de protecção de prestações, valendo estes princípios também no domínio da criação assalariada⁽¹⁸⁷⁾. Porém, no modelo dualista francês admite-se que a “propriedade intelectual” pode ser cedida, legal ou contratualmente, a pessoa distinta do criador. Além disso, a jurisprudência tende a aceitar que a celebração de um contrato de trabalho implica uma cessão implícita dos direitos patrimoniais em favor do empregador⁽¹⁸⁸⁾.

4. Depois, para a concepção do *copyright*, no domínio dos *copyright contracts* não são previstas disposições legais destinadas a proteger os autores (em sentido clássico), o qual será em regra a parte mais fraca nas relações contratuais. O legislador britânico não relativizou a máxima da *freedom and sanctity of contract* em favor dos autores. Nessa medida, os autores são

(Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 91-2, e *Grands principes*, p. 32). Acrescenta-se, ainda, que a pessoa moral, para além de não ser autora da obra por ser desprovida de capacidade de criação, deverá fazer prova de que se trata de obra colectiva se quiser fazer valer-se dos direitos que a lei lhe atribui (Bertrand, *Le droit d'auteur*, p. 296).

Toda esta problemática, que adiante retomaremos, não parece que deva ser resolvida invocando a excepção, no sentido de atribuir originariamente o direito de autor a outrem que não o criador. O facto constitutivo deste direito é a criação da obra, a qual pressupõe um espírito humano. O direito gerado por esta criação poderá ser cedido legalmente a outrem que não o criador, incluindo a criação que confere individualidade às chamadas obras colectivas. A nosso ver, em face da nossa lei, não se trata nestes casos de aquisição originária, mas antes derivada, em respeito pelo princípio da unidade entre autoria e titularidade originária; princípio esse que, aliás, é imposto pelo facto constitutivo do direito de autor: a criação do espírito humano. Poderíamos assim dizer, como faz Ascarelli em relação aos art. 38 s da lei italiana, que se trata de uma atribuição do direito de utilização a “título derivado” (Ascarelli, *Teoria*, p. 778). Será essa uma marca de contraste em relação ao sistema de *copyright*. Todavia, pressupõe uma adequada compreensão das chamadas obras colectivas, não enquanto obras *proprio sensu*, mas antes como critério de atribuição dos direitos de autor em certos casos e por determinadas razões.

⁽¹⁸⁹⁾ Sobre os *copyright contracts*, v., especialmente, Cornish, *Intellectual Property*,

autonomamente responsáveis e devem eles mesmos gerir os seus interesses.

Acresce que o *copyright* é ilimitadamente transferível e licenciável. Todavia, por razões de segurança jurídica e de precaução contra decisões irreflectidas, é exigida forma escrita para a cessão do *copyright* e para a concessão de licenças exclusivas. Na interpretação dos contratos atende-se apenas às declarações negociais escritas, desempenhando o critério *parol evidence rule* um valor de referência de delimitação das circunstâncias do negócio a partir das quais poderá ser extraída a vontade real do autor e da outra parte contratual.

Por outro lado, na resolução do contrato, nos casos em que as estipulações contratuais acordadas sejam inexigíveis ao autor, este não disporá de preceitos especiais de protecção na lei do *copyright*, tendo antes que socorrer-se dos princípios tradicionais do *Common Law* (*unreasonable restraint of trade* e *undue influence*) para procurar, com base nestes fundamentos, libertar-se do contrato (189).

Ora, o reconhecimento de que o autor carece de especial protecção em face dos exploradores das suas obras, por ser social e economicamente a parte mais fraca, está subjacente à concepção do *droit d'auteur*, projectando-se em normas imperativas no domínio do direito contratual. Com efeito, é prevista uma série de disposições destinada a proteger o autor contra alienações posteriores dos seus direitos e assegurar ao autor a participação na exploração económica da sua obra.

Assim, no direito germânico, para além de o direito de autor ser intransferível *inter vivos* (§ 29(2) UrhG), a concessão de direitos de utilização para formas não conhecidas de utilização seria ineficaz, sendo a concessão de direitos de utilização fundamentalmente consensual; depois, regras de interpretação como o princípio do fim da cessão ou da “cedência funcional” (*Zweckübertragungsgrundsatz*: § 31(5) UrhG) e o critério da limitação do alcance da concessão de direitos de utilização a favor dos autores (§ 37 UrhG), dão efeito ao princípio jurídico-autoral do *in dubio pro auctore*.

De igual modo, os autores beneficiam de algumas disposições, das quais poderão servir-se quando as estipulações contratuais inicialmente acordadas se tornarem inexigíveis para ele e o contrato careça de correcções de adaptação à alteração das circunstâncias, abrangendo este *instrumentarium* normativo diversas figuras de protecção. Primeiro, o autor tem o direito a uma compensação suplementar adequada no caso de a obra do autor se tornar, por ex., um *best-seller*, bem como um direito de denúncia para os casos em

p. 410 s., *Auteurs et New Equities*, p. 73 s., *Großbritannien*, p. 643 s.

que o autor tiver concedido direitos de utilização relativamente a obras futuras. Segundo, o autor tem o direito de resolver a concessão de um direito exclusivo de utilização, quando o seu explorador não o exercer adequadamente e o talento do autor não puder, por isso, chegar ao público. Terceiro, o autor poderá exercer esse direito com o propósito contrário, quando quiser retirar a sua obra do acesso público, por ter alterado as convicções expressas na obra. Não obstante, são previstos limites correspondentes a todos estes direitos contra exercício abusivo por parte dos autores ⁽¹⁹⁰⁾.

Refira-se, ainda, que no direito francês os direitos de exploração são transferíveis, *inter vivos*, nos termos do Art. L. 122-7, 1 CPI. E apesar de essa cessão poder ser presumida em certas circunstâncias, nos contratos de encomenda é previsto expressamente um critério, nos termos do qual a existência ou a conclusão de um contrato de ‘locação de obra’ ou de serviços pelo autor de uma obra de espírito não importa nenhuma derrogação ao gozo do direito reconhecido pela alínea 1.^a” (Art. L. 111-1 CPI). Além disso são previstos regimes especiais para diversos tipos de contratos autorais, como sejam, para além da edição, a representação, a produção audiovisual, a encomenda de publicidade e o “penhor” (*nantissement*) dos direitos de exploração dos programas de computador ⁽¹⁹¹⁾.

5. Por último, na concepção do *copyright*, os direitos morais serão secundários em relação aos interesses patrimoniais. O actual reconhecimento de direitos morais (*moral rights*), para dar cumprimento à Convenção de Berna revista, tem, para a concepção do *droit d’auteur*, um inegável valor simbólico, uma vez que foram legalmente positivados pela primeira vez na história do *copyright* como direitos dos autores, ao invés de permanecerem como meios jurídicos gerais do *Common Law*.

Todavia, esta aproximação ao *droit d’auteur* dos sistemas de *Civil Law* terá apenas um carácter formal. Na verdade, o legislador britânico regulou os direitos morais em termos tais que o autor dificilmente poderá, por causa dos seus *moral rights*, opôr-se à comercialização das suas obras, por ex., pelos produtores ou empregadores. Além disso, consagrou legalmente o direito à

⁽¹⁹⁰⁾ Ellins, *Copyright, Urheberrecht*, p. 153 s.

⁽¹⁹¹⁾ Cfr., por ex., Bonet, *Code de la propriété intellectuelle*, p. 121 s.; v. ainda, Josselin-Gal, *Les contrats d’exploitation*, p. 23 s. (criticando, aliás, Strowel, por propor uma abordagem de convergência entre as concepções de *droit d’auteur* e *copyright* sem analisar o regime dos contratos de autor — p. 3, n. 6).

⁽¹⁹²⁾ §12 UrhG; Art. L. 121-2 CPI.

paternidade e o direito à integridade, mas já não, expressamente, o direito ao inédito, reconhecido na concepção de *droit d'auteur* ⁽¹⁹²⁾.

Por outro lado, previu diversas limitações e exceções aos direitos morais que, na realidade, poderão afectar a sua substância. Com efeito, para além de poder renunciar globalmente aos seus direitos morais relativos a obras presentes ou futuras (§ 87 CDPA), o autor terá que, em determinadas situações, recorrer aos expedientes do *Common Law*, uma vez que os preceitos legais do *copyright* não lhe atribuem especial protecção. Sendo que, as estipulações acordadas pelas partes serão reguladas pelo princípio da liberdade contratual (*freedom of contract*), que vale também para os direitos morais ⁽¹⁹³⁾.

Ora, na concepção de *droit d'auteur*, o princípio do criador significa que os interesses pessoais do autor são considerados, pelo menos, em plano de igualdade com os seus interesses patrimoniais. Desde logo, o direito ao inédito integra o direito de personalidade do autor (*Urheberpersönlichkeitsrecht*), não sendo admitida a renúncia aos direitos morais no interesse da efectiva protecção do autor.

Para além da consagração expressa do direito ao inédito e certos direitos especiais, o direito à paternidade abrange um aspecto positivo e um aspecto negativo, nomeadamente o direito de ser reconhecido como autor de uma obra bem como o direito de repudiar ofensas de terceiros à paternidade (*droit moral*). O direito de identificação do autor é uma consequência automática do próprio acto da criação e não carece de ser feito valer expressamente pelo autor.

Ao invés do direito francês, tradicionalmente mais rígido em sede de direito moral, os limites a estes direitos no ordenamento germânico surgem no quadro da ponderação de interesses, em atenção às exigências do caso concreto. O mesmo vale para o direito à integridade da obra, que é concebido em termos amplos, abrangendo quer a exposição da obra num contexto não desejado pelo autor, quer a sua destruição ⁽¹⁹⁴⁾.

⁽¹⁹³⁾ Sobre os *moral rights*, por ex., Phillips/Durie/Karet, *Whale on Copyright*, p. 56 s.

⁽¹⁹⁴⁾ Ellins, *Copyright, Urheberrecht*, p. 188 s.; Strowel, *Droit d'auteur et copyright*, p. 572 s., 481 s.

⁽¹⁹⁵⁾ Ellins, *Copyright, Urheberrecht*, p. 231 (sustentando que a harmonização de duas tradições jurídicas com raízes tão distintas não poderá ter lugar em termos de prevalectimento da concepção de um dos dois sistemas sobre a outra: “Eine Harmonisierung zweier Rechtstraditionen mit so unterschiedlicher Grundausrichtung wird jedenfalls nicht so ablaufen können, daß einem der beiden Systeme die Ideologie des anderen gleichsam übergestülpt wird.” — p. 234).

⁽¹⁹⁶⁾ Bronze, “Continentalização” do direito inglês ou “insularização” do direito

6. Em conclusão, a dicotomia *droit d'auteur* / *copyright* traduz as concepções fundamentais que actualmente coexistem no quadro da Convenção de Berna. Existem, na realidade, diferenças formais e substanciais a separar estes dois modelos tradicionais do instituto. Os textos comunitários que vamos analisar disso mesmo dão conta.

Todavia, não obstante a harmonização comunitária do direito de autor dever respeitar as tradições nacionais, procurando soluções de compromisso através de soluções-quadro ou em alternativa, que os Estados-membros adaptarão em sintonia com as respectivas tradições, ao mesmo tempo as medidas comunitárias aproximam as diversas concepções em diversas questões, construindo entre elas uma ponte ⁽¹⁹⁵⁾, como teremos ocasião de constatar. Se, numa abordagem comparatística global se perguntou pela “continentalização do direito inglês ou insularização do direito continental” ⁽¹⁹⁶⁾, questão semelhante deverá colocar-se em virtude da aproximação das diferentes concepções dos direitos de autor, *maxime* no quadro da harmonização comunitária.

Na realidade, as medidas de harmonização comunitária, se por um lado consagram soluções de compromisso entre estas duas orientações tradicionalmente opostas, por outro geram uma certa aproximação destes dois modelos. Acresce que, no plano internacional, a sua coexistência no quadro da Convenção de Berna acentuará, tendencialmente, o processo de convergência destas duas concepções ⁽¹⁹⁷⁾. Convergência esta que, ao invés de colocar estes modelos numa relação de exclusão recíproca, ao estilo de um *tertium non datur*, parece afirmar progressivamente o cruzamento entre o princípio do criador do *droit d'auteur* e o princípio da protecção do investimento do *copyright*, oscilando “do direito de autor ao *copyright* e do *copyright* ao direito de autor” ⁽¹⁹⁸⁾.

§ 11. RESUMO E SEQUÊNCIA

1. Aqui chegados, podemos dizer que a nível internacional e comunitário a adaptação do direito de autor ao novo paradigma tecnológico da informática conhece já uma fase avançada. Em especial, são as directivas comunitárias sobre programas de computador e bases de dados. Mas são também os novos

continental?, 1982.

⁽¹⁹⁷⁾ Stewart, *International Copyright*, p. 10.

Tratados OMPI, para não mencionar o Acordo ADPIC, e a adopção da Convenção de Berna como plataforma internacional de protecção do direito de autor. A tudo isto junta-se a Proposta de Directiva recentemente apresentada.

Destina-se esta Proposta, como vimos, a harmonizar certas questões relativas ao direito de autor e aos direitos conexos (direito de reprodução, direito de comunicação ao público, direito de distribuição, incluindo o princípio do esgotamento, protecção jurídica de sistemas técnicos de identificação e protecção), e procura dar cumprimento a certas obrigações decorrentes dos acordos internacionais, *maxime* dos novos Tratados OMPI. Detectamos, porém, que, a par com a adaptação do instituto ao ambiente digital, afirma-se uma perspectiva que concebe o direito de autor e os direitos conexos como propriedade intelectual, considerando-a como fazendo parte do direito de propriedade. Sendo que esta concepção é tida como adequada ao quadro político da construção da sociedade da informação.

Por outro lado, esta Proposta insere-se num quadro de medidas de harmonização adoptadas pelo legislador comunitário no domínio do direito de autor e dos direitos conexos. Medidas essas que, porém, não trouxeram uma harmonização completa nesta matéria, sendo, antes, de certo modo, fragmentárias e pontuais⁽¹⁹⁹⁾. Contudo, é legítimo perguntar se a concepção destes direitos como propriedade intelectual e a sua consideração como parte integrante do direito de propriedade, agora proposta a nível comunitário, está já presente nas diversas medidas de harmonização comunitária. Medidas essas que se dirigem a um horizonte de tradições nacionais, em que se distinguem, fundamentalmente, a concepção do *droit d'auteur* dos países de *Civil Law* e o modelo do *copyright* dos países de *Common Law*.

2. Interessa-nos, sobretudo, analisar os regimes de protecção jurídica de programas de computador e das bases de dados, pois que são elementos essenciais dos sistemas electrónicos de informação, *maxime* em rede. Por outras palavras, vamos procurar compreender o modo como foi processada a adaptação do instituto às novas criações geradas no ventre da tecnologia digital e acolhidas no seio dos “direitos de autor”. É, portanto, uma tarefa complexa.

Acresce que o estudo destes regimes será complementado com a análise das regras agora propostas, uma vez que se destinam a harmonizar poderes tradicionalmente nucleares do direito de autor e dos direitos conexos: o direito

⁽¹⁹⁸⁾ Strowel, *Droit d'auteur et copyright*, p. 656.

de reprodução, o direito de comunicação ao público e o direito de distribuição. Ademais, introduzem, com âmbito geral, normas destinadas a proteger juridicamente os sistemas ou dispositivos técnicos de segurança e identificação do material protegido, e que se traduzem nas aplicações informáticas da criptografia e da estenografia.

Identificada a orientação proposta pelo legislador comunitário, vamos procurar saber em que termos essa concepção está já presente nas medidas de harmonização comunitária e em que termos se afirma com a recente Proposta, elegendo como prisma de análise o regime de protecção jurídica de sistemas electrónicos de informação, em especial dos elementos que os compõem, como sejam os programas de computador, as bases de dados e, ainda, os dispositivos técnicos de segurança, no quadro do emergente ambiente de rede digital.

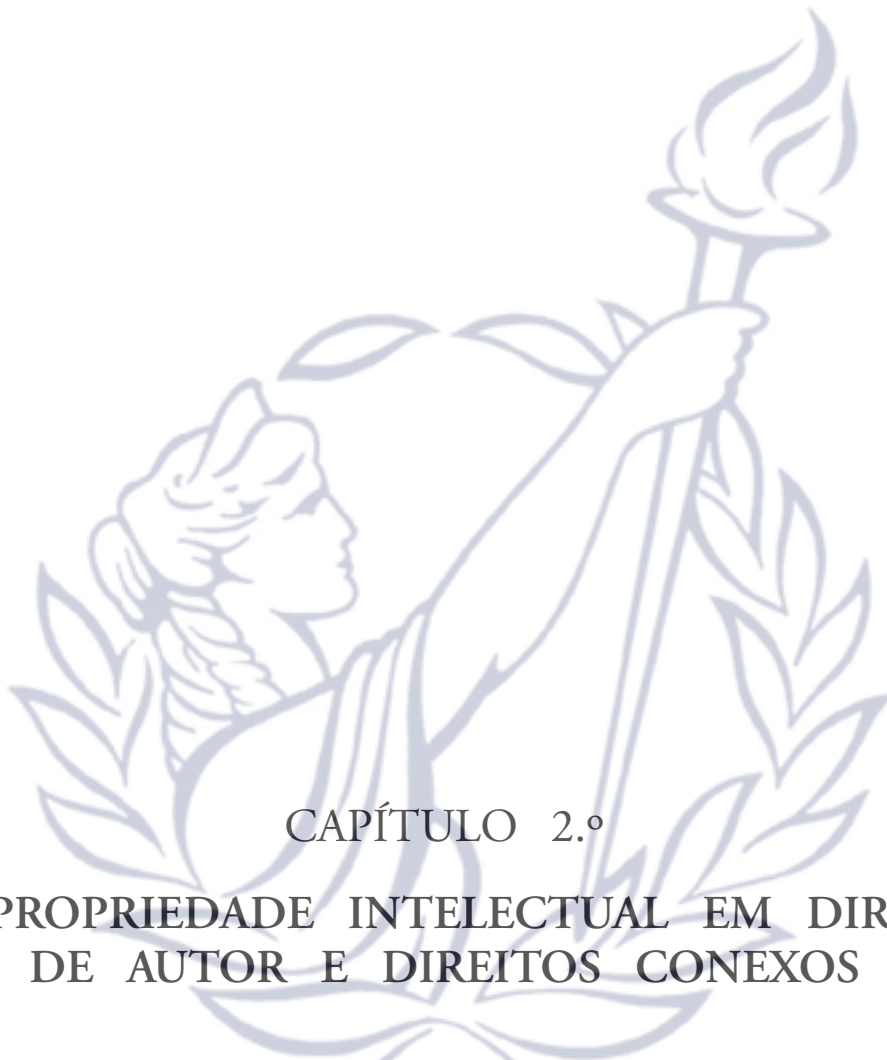
Todavia, antes de darmos este passo, teremos que saber em que termos é que o nosso direito de autor dá resposta aos problemas da informática. Procuraremos saber, também, se a concepção proposta é susceptível de ser acolhida entre nós. Por outras palavras, procuraremos compreender também o valor da propriedade intelectual na nossa ordem jurídica, sondando, para o efeito, os princípios fundamentais que informam o regime do direito de autor e dos direitos conexos.

Assim, por um lado, interessa-nos saber se o direito de autor poderá, entre nós, assimilar o novo paradigma tecnológico da informática. Depois, tendo em conta a concepção deste instituto proposta a nível comunitário, não poderemos deixar de tratar do problema de saber se o direito de autor poderá ser considerado, entre nós, como uma forma de propriedade intelectual. E, dando mais um passo, perguntaremos se a propriedade intelectual é susceptível de ser enquadrada como fazendo parte do direito de propriedade, tendo em conta que esta concepção é proposta como instrumento da construção da sociedade da informação.



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



CAPÍTULO 2.º

DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM DIREITO DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS

- § 12. Natureza Jurídica do Direito de Autor: *vexata quæstio*
- § 13. Monopólio *versus* Propriedade
- § 14. A Propriedade Intelectual no Código Civil
- § 15. Propriedade e Domínio Público
- § 16. Da Coisa e sua Incorporalidade
- § 17. Analogias e Natureza da Coisa
- § 18. Unidade e Fragmentaridade do Sistema Jurídico
- § 19. Enquadramento Sistemático dos Direitos Conexos
- § 20. Alguns Problemas
- § 21. Fundamentos da Propriedade Intelectual
- § 22. Empresa e Direito de Autor
- § 23. *Post Scriptum I* — Resultados e Perspectivas



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



§ 12. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE AUTOR: *VEXATA QUÆSTIO*

1. A natureza jurídica do direito de autor é um problema clássico. A concepção agora proposta a nível comunitário parece ir de encontro ao pioneiro Estatuto da Rainha Ana (1710), “para o encorajamento da ciência e garantia da propriedade dos livros impressos”. Esta concepção anglo-saxónica do *copyright* como *property right* seria retomada no preâmbulo da lei sobre o *copyright* do Estado de Massachussets de 1783. Escrevia-se, então, que “não há propriedade mais particular, mais legítima do homem do que aquela que é produzida pelo trabalho do seu intelecto”.

Dois anos passados sobre a Revolução Francesa, e a consequente abolição dos privilégios, incluindo o “privilégio de imprimir e vender as obras”, deve-se a Le Chapelier, em 1791, a referência à protecção da criação do espírito como: “La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et, si je peux parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l’ouvrage, fruit de la pensée d’un écrivain”; concepção esta que informaria nesse país as chamadas leis revolucionárias de 1791 e de 1793. Entre nós, Almeida Garrett, já em oitocentos, referia-se ao direito de autor como “a mais indefesa, porém... a mais nobre, e a mais inquestionável de todas as propriedades, a que se cria pela inteligência, e pelo espírito imortal do homem” ⁽²⁰⁰⁾; a ele se devendo a

⁽¹⁹⁹⁾ Vivant, *The impact of Community harmonization*, p. 40.

⁽²⁰⁰⁾ Para uma síntese da evolução histórica pré-moderna do instituto, com referência à *Lex Fabia de plagiariis*, v. Ascarelli, *Teoria*, p. 683 s. De um modo geral, pode dizer-se que o direito de autor desenvolveu-se modernamente em resposta à invenção da imprensa, que facilitou a reprodução e consequente divulgação das obras literárias e artísticas a um público mais vasto, através da multiplicação de exemplares. À semelhança do que actualmente se passa com a exploração de actividades de radiodifusão televisiva, a utilização

introdução, entre nós, da propriedade literária e artística, de que fez Tratado o Visconde de Carnaxide (1918).

Na ciência jurídica têm sido propostas diversas teorias sobre a natureza jurídica do direito de autor. Devemos ter em conta, antes de nos aventurarmos na abordagem de tal problemática, a advertência do Prof. Oliveira Ascensão: “O facto de nós sermos, em tão larga medida, satélites de escolas estrangeiras que, na sua evolução, nos ignoram totalmente, tem as mais graves consequências no desenvolvimento da doutrina” (201).

Ora, prevenidos contra isso mesmo, poderemos, todavia, começar por fazer uma breve referência, de carácter meramente ilustrativo, às principais orientações que, no direito comparado, têm sido propostas e debatidas sobre esta *vexata questio*.

da imprensa era reservada ao poder absoluto do Príncipe, o qual outorgava privilégios de impressão e venda de obras impressas. Eram os privilégios régios, que por graça real, se concediam aos súbditos. O privilégio, porém, não se destinava a proteger as obras, mas antes a permitir o exercício de uma actividade. Actividade essa que consistia na utilização da imprensa e na venda de livros impressos. “Durante mais três séculos ainda, a protecção concedida às obras literárias iria tomar invariavelmente a forma de um privilégio atribuído, não aos autores, mas aos impressores e editores, como compensação para os vultuosos investimentos a que a produção de livros obrigava e os riscos da concorrência.” (Rebello, *Introdução*, p. 31). Modernamente, o direito de autor propriamente dito só surgiria com as leis liberais, as quais têm já as obras como objecto, e já não apenas as actividades de impressão e comercialização, que se tornariam livres. Na verdade, os privilégios régios não se destinavam a proteger as obras literárias e artísticas, mas antes a permitir aos impressores e editores a utilização da tecnologia dos caracteres móveis relativamente a determinadas obras. É isso que escreve v. Gierke: “os privilégios tinham como objecto o direito exclusivo de imprimir e publicar uma obra, e nada mais do que isso.” (*apud* Rebello, *Introdução*, p. 32, sem referência).

Por outro lado, a isto não seria estranho não apenas a actividade mercantil que essa tecnologia potenciava, mas também o fluxo de informação que permitia gerar na comunidade, e que poderia afectar a “ordem natural” do cosmos e, conseqüentemente, da sociedade. Se bem que os autores tenham ainda numa fase final beneficiado dos privilégios, a verdade é que, como escreve o Prof. Oliveira Ascensão, “a protecção estabelece-se inicialmente, não em proveito dos autores, mas em proveito dos editores. Tendo estes feito investimentos que necessitavam ser protegidos de actividades concorrentes, foram-lhes atribuídos privilégios de impressão, que se subsumem portanto na categoria do *monopólio*”. (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 13). Assim, o direito de autor propriamente dito só surge modernamente com o ideário liberal. A actividade de imprimir e vender livros torna-se livre, ao mesmo tempo que é concedida protecção aos autores, no sentido de tutelar os seus interesses individuais relativamente às suas obras e, ao mesmo tempo, promover a criação cultural.

2. Seguindo, no essencial, a inventariação de Pierre Recht, ele próprio autor de uma tese original que denomina “propriedade-criação”⁽²⁰²⁾, as orientações clássicas que têm animado o debate são, sumariamente: a doutrina da propriedade intelectual de Pouillet (*Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, 1879); a teoria personalista ou do direito de personalidade de Gierke (*Deutsches Privatrecht*, I, 1895); a tese do *Doppelrecht* (real e pessoal) de Kohler (*Urheberrecht an Schriftwerken*, 1907); a teoria dos direitos intelectuais ou direitos de exclusivo de Edmond Picard (*Le Droit pur*, 1899), a teoria do monopólio de Ernest Roguin (*La règle de droit*, 1899) e a concepção dos direitos de clientela, também chamados intelectuais, de Roubier (*Rdc* 1935, p. 285), desenvolvidos por Desbois (*Le droit d’auteur*, 1950); a teoria dos direitos sobre bens imateriais de Greco (*I diritti sui beni immaterialli*, 1948); as teses dualistas de Piola Caselli (*Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, 2., 1927), Plaisant (*Propriété littéraire et artistique*, 1954), De Sanctis (*La nature juridique du droit d’auteur*, 1962) e Le Tarnec (*Manuel de la propriété littéraire et artistique*, 2ed. 1966) e o conceito dos “direitos paralelos” de Savatier (*Métamorphoses*, 1959); o monismo germânico de De Boor e de Ulmer (*Urheber- und Verlagsrecht*, 1951), com a abertura à “propriedade espiritual” (*geistiges Eigentum*) de Heinrich Hubmann (*Das Recht des schöpferischen Geistes*, 1954).

Ao nível legislativo, a concepção da propriedade incorpórea é consagrada pela lei francesa de 1957. Na lei alemã de 1965, o direito de autor protege unitariamente o autor nas suas relações intelectuais e pessoais com a obra e na utilização da obra, englobando unitariamente dois aspectos: uma dimensão pessoal (direito de personalidade) e uma vertente patrimonial (direito de utilização e de exploração). Em Espanha, o direito de autor é regulado pela chamada lei de propriedade intelectual de 1987 e, no Reino Unido, a lei do *copyright* de 1988 concebe-o como um *property right*. Por seu turno, a Convenção de Berna é, de algum modo, neutra quanto à questão, embora englobe nos direitos dos autores, quer direitos patrimoniais, quer direitos morais, conservando o autor estes últimos independentemente daqueles, e mesmo após a sua cessão (art. 6.º *bis*).

⁽²⁰¹⁾ Oliveira Ascensão, *Relações jurídicas reais*, p. 28.

⁽²⁰²⁾ Recht, *Le droit d’auteur*, p. 145 (“le droit d’auteur est donc un droit unique et ce droit est un droit de propriété [...] Le droit de propriété de l’auteur a, comme

3. Trata-se de uma questão que está longe de ser resolvida. Saber se o direito de autor é um direito de propriedade⁽²⁰³⁾ ou um direito de personalidade, ou se trata antes de um direito misto ou de uma “geminção” de dois direitos (propriedade+personalidade)⁽²⁰⁴⁾, depende, obviamente, do que se entende por direitos de propriedade e de personalidade. Isto para não falar dos direitos de crédito, que também parecem ser enxertados no instituto. Por isso mesmo surgem as teses que sustentam que a natureza do direito de autor é incompatível com a subsunção ao esquema tradicional dos direitos reais e dos direitos pessoais, constituindo antes um *tertium genus*, uma figura autónoma no quadro da dogmática jurídica, como sustenta a teoria dos direitos de monopólio ou de exclusivo, sob a denominação direitos intelectuais⁽²⁰⁵⁾.

Não obstante, actualmente, no direito comparado, é recorrente a afirmação da natureza híbrida do direito autor, um misto de propriedade e personalidade,

tous autres droits de propriété, une fonction sociale.”).

⁽²⁰³⁾ Recht, *Le droit d’auteur*, p. 229.

⁽²⁰⁴⁾ Não recusando a figura da propriedade intelectual, destacando, porém, as suas especiais características decorrentes da especialidade do seu objecto, e qualificando, expressamente, o direito moral de autor como um direito de personalidade: De Cupis, *I diritti della personalità*, p. 259 s.; Ascarelli, *Teoria*, p. 767. Plaisant, *Les droit des auteurs*, p. 4-5, 119 (partindo do carácter exclusivo e da oponibilidade a terceiros como características de toda a propriedade que estariam presentes também no direito de autor, e reconduzindo o direito moral ao direito de personalidade); Rintelen, *Urheberrecht*, p. 43 (no sentido de que “o direito de autor é o direito de domínio ideal e material sobre uma obra de espírito criativa”).

⁽²⁰⁵⁾ Desbois, *La propriété littéraire et artistique*, p. 56 s. (recusa a teoria da propriedade intelectual e desenvolve a construção do direito de autor e do direito das patentes como direitos intelectuais no quadro da doutrina dos direitos de clientela). Num outro texto escreve: “*Todos os direitos de propriedade literária, artística ou industrial constituem direitos de clientela*. Esta fórmula foi proposta num artigo publicado na Revue trimestrielle de Droit civil de 1935 por M. Paul Roubier [...]. M. Roubier realizou uma síntese, na qual aplicou a noção de clientela a todo um conjunto de direitos, entre os quais figuram os direitos de propriedade literária, artística e industrial. / Todos os direitos de clientela caracterizam-se pela presença de uma exclusividade, de um monopólio no exercício de uma actividade profissional. [...] *Caracteres comuns a todos os direitos de clientela* 1.º *Os direitos de clientela diferem dos direitos pessoais*. [...] 2.º *Mas nenhum dos direitos de clientela pode ser assimilado a um direito real*. [...] Assim, os direitos de propriedade literária, artística e industrial são, no plano económico, direitos de clientela, porque todos criam uma situação preferencial, um monopólio na luta pela vida. / *Somente as patentes de invenção e os direitos de autor constituem direitos intelectuais*, [...] porque procedem de um *acto de criação intelectual* [...], um *esforço criador*. [...] as marcas de fabrico ou comércio [...] não

em razão da sua dupla dimensão patrimonial e pessoal, à excepção, porventura do direito de direito inglês, em que a qualificação do *copyright* como forma de propriedade parece ser consensual⁽²⁰⁶⁾, o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para o sistema estadunidense⁽²⁰⁷⁾.

No horizonte germânico, marcado pela teoria monista inspirada na metáfora ulmeriana da árvore de cujo tronco saíam dois ramos (os interesses materiais e imateriais), o direito de autor é constitucionalmente protegido como direito de propriedade, para além da tutela da liberdade de criação da pessoa humana⁽²⁰⁸⁾.

Em França, a qualificação dos direitos morais como direitos de personalidade parece consensual, afirmando-se a propriedade ou o direito de exclusivo relativamente aos direitos patrimoniais, no quadro de uma orientação tendencialmente dualista, na esteira de Desbois⁽²⁰⁹⁾.

Em Espanha, o direito de autor é qualificado pela jurisprudência superior como uma forma especial de propriedade, se bem que essa qualificação, nem a relativa ao direito moral como direito de personalidade, não gozem de apoio significativo na doutrina⁽²¹⁰⁾. E idêntico entendimento jurisprudencial parece valer em Itália, apesar da forte corrente doutrinal que, na esteira de V. Franceschelli, cultiva a teoria dos direitos de exclusivo⁽²¹¹⁾.

Na doutrina suíça, Troller, que parece recusar a ordenação da vertente pessoal do direito de autor no direito de personalidade, sustenta que a noção de “propriedade intelectual” exprime adequadamente o domínio sobre bens imateriais, quer quanto aos poderes do titular que protegem interesses mate-

são direitos intelectuais.” (Desbois, *Cours*, p. 3, 10-3)

⁽²⁰⁶⁾ Cornish, *Intellectual Property*, p. 9-10; Bainbridge, *Intellectual Property*, p. 10; v., porém, Phillips/Durie/Karet, *Whale on Copyright*, p. 14-5.

⁽²⁰⁷⁾ Alces/See, *Intellectual Property*, p. 7 s.

⁽²⁰⁸⁾ Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 109; Loewenheim, in Schricker, *Urheberrecht*, § 7, p. 205; Hubmann/Rehbinder, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 80 s.; Delp, *Das Recht des geistigen Schaffens*, p. 19; Hertin, in Fromm/Nordemann, *Kommentar*, § 7, p. 108; Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, p. 12; Hertin, *Urheberrecht*, p. 14; Rebinder, *Urheberrecht* (begr. Hubmann), p. 30, 80-3; Wenzel, *Urheberrecht*, p. 21.

⁽²⁰⁹⁾ Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, p. 7; Bertrand, *Le droit d'auteur*, p. 50-1; Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 14; Bonet, *Code de la Propriété intellectuelle*, p. 9.

⁽²¹⁰⁾ Bercovitz Rodriguez-Cano, in Bercovitz Rodriguez-Cano, *Comentarios*, p. 25 s.; Vega Vega, *Derecho de autor*, p. 39-40; Marco Molina, *La propiedad intelectual*, p. 109 s.

riais e ideais, quer quanto à sua pretensão de conservar a obra só para si ou de a partilhar com outros ⁽²¹²⁾.

Na Bélgica, foi recentemente aprovada a nova Lei de 3 de Junho de 1994, relativa ao direito de autor e aos direitos vizinhos, consagrando, ao invés da lei anterior, um “texto híbrido”, que parece acolher a figura dos direitos intelectuais ou de monopólio ⁽²¹³⁾, se bem que a concepção da propriedade literária e artística seja também, na linha da teoria de Recht, sustentada abertamente por Strowel: “No que respeita à *natureza jurídica* do direito de autor, convenhamos que é através da categoria da propriedade que ela é mais correctamente apreendida. [...] A fim de dar conta do direito de autor, a noção de propriedade deve ser tomada em sentido amplo. Nesta acepção, a propriedade pode cobrir tanto os direitos ditos económicos como os direitos ditos morais: é que a propriedade que Locke e as Luzes consagraram nos textos jurídicos do fim do século XVIII é indissociável da liberdade e da personalidade. A apreensão das duas faces do direito de autor através da categoria da propriedade tem precisamente a vantagem de relativizar a falsa oposição que uma certa dogmática tentou estabelecer entre prerrogativas económicas e prerrogativas morais. Nesta medida, igualmente, a qualificação de propriedade não se opõe à veia personalista do direito de autor, uma vez que a engloba” ⁽²¹⁴⁾.

4. Esta breve excursão pelo direito comparado permite compreender que o problema da natureza jurídica do direito de autor é uma autêntica *vexata questio*. Não será por isso surpresa que, entre nós, também não exista consenso de opiniões quanto ao problema, havendo dúvidas na doutrina.

O Prof. Manuel de Andrade aponta a natureza “muito próxima, nos seus principais aspectos, da dos direitos reais sobre coisas corpóreas” ⁽²¹⁵⁾. Já o Prof. Cabral de Moncada sustenta abertamente a tese da propriedade, escrevendo em face da anterior legislação, que a “lei considera esses direitos como uma espécie de

⁽²¹¹⁾ Santilli, *Il diritto d'autore*, p. 222-3; Fabiani, *Autore*, p. 3.

⁽²¹²⁾ Troller, *Immaterialgüterrecht*, I, p. 90, 103, 112. Neste país, a nova Lei Federal sobre Direito de Autor e Direitos Conexos de 9 de Outubro de 1992 (*Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz - URG*) consagra a terminologia propriedade intelectual: Art. 41. URG, “Wer Rechte verwendet[...] braucht eine Bewilligung des Bundesamtes für geistiges Eigentum.” (sobre a nova lei suíça, v. Barrelet/Egloff, *Das neue Urheberrecht*, 1994).

⁽²¹³⁾ Berenboom, *Le Nouveau Droit d'Auteur*, p. 38.

⁽²¹⁴⁾ Strowel, *Droit d'auteur et copyright*, p. 663-4 (retomando a teoria de Recht); v. ainda, Strowel/Triaille, *Le droit d'auteur*, p. 5.

propriedade, sujeita a um regime especial, e fala-nos duma ‘propriedade dos inventos’ e duma ‘propriedade artística’ como produto do trabalho do homem” (216).

Por seu turno, os Profs. Pires de Lima e Antunes Varela são partidários da propriedade intelectual, que o Código Civil consagrou, no quadro dos direitos de propriedade (217). E nesse sentido parece pronunciar-se também o Prof. Ferrer Correia (218).

O Prof. Orlando de Carvalho sustenta a teoria da propriedade, no seio da tese unitária dos “direitos geminados” de propriedade e de personalidade (219). Porém, o Prof. Mota Pinto entende que “não é rigoroso falar-se em propriedade intelectual”, pois que os direitos de autor teriam um “objecto de natureza «*sui generis*»” (220).

Mas há opiniões alternativas, sendo de destacar a teoria dos direitos de exclusivo ou de monopólio, que é defendida, entre nós, pelo Prof. Oliveira Ascensão, aproximando-se da doutrina dos “direitos intelectuais”. Nas suas palavras: “No que respeita aos bens intelectuais, temos as obras literárias e artísticas, os inventos, as marcas. / Trata-se sem dúvida de bens; e tão-pouco nos parece problemática a consideração destas realidades como coisas, apesar da sua aparente ligação a determinada pessoa. [...] Mas poderá essa atribuição jurídica fazer-se em termos reais? [...] Nos estudos que realizámos sobre esta matéria fomos levados a concluir que o direito de autor (e analogamente deveríamos falar nos direitos sobre bens industriais) não é nem uma propriedade nem um direito real. A obra intelectual, uma vez divulgada, não pode estar sujeita ao domínio exclusivo dum só. Todos disfrutam directamente desse bem, mas só o titular pode beneficiar economicamente com ele. Tem pois um exclusivo de exploração económica da obra [...] Concluimos por isso que os direitos sobre bens intelectuais se inserem na categoria dos direitos de exclusivo ou de monopólio” (221).

(215) Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, p. 249.

(216) Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, p. 76.

(217) Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 75-6.

(218) Ferrer Correia, ROA 1981, I, p. 24.

(219) Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 205, n. 4; Idem, *Direitos de personalidade de autor*, p. 543.

(220) Mota Pinto, *Teoria Geral*, p. 336.

(221) Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, II (III), p. 24-25. O Prof. Oliveira Ascensão expõe desenvolvidamente esta concepção (afirmada já em *A tipicidade dos direitos reais*, n.º 103 s.), quer no domínio da propriedade industrial (v. *Direito Industrial*, p. 389 s.), quer no âmbito do direito de autor e dos direitos conexos (v. *Direito de Autor*, p. 667 s.).

Esta orientação doutrinal parece ser seguida por Luiz Francisco Rebello, que não

§ 13. MONOPÓLIO *VERSUS* PROPRIEDADE

1. Por ser a perspectiva que mais se afasta da concepção da propriedade, parece-nos importante compreender, desde já, a sua argumentação. Tanto mais que se trata de um resultado obtido após a mais exaustiva análise do actual regime jurídico do direito de autor e dos direitos conexos trazida a público na ciência jurídica portuguesa, num horizonte discursivo povoado por reconhecidos cultores deste instituto no direito comparado.

Esta orientação arranca do princípio de que não se pode “procurar na lei o conforto de qualquer prévia qualificação. [...] sabemos que as qualificações legais nada têm de decisivo e que o intérprete não está impedido de as abandonar quando concluir que elas não reflectem o regime que a própria lei estabelece” (222). Acresce que esta doutrina propõe a figura dos direitos de exclusivo ou de monopólio como uma quarta categoria autónoma de direitos subjectivos, em razão de se tratar de uma forma de atribuição cuja fisionomia, apurada pelo seu conteúdo, seria irreduzível aos direitos reais, pessoais e obrigacionais.

Ora, em primeiro lugar, concebendo a ordem jurídica como uma ordem de “coisas apropriadas” e de “actividades livres”, entende que as coisas que constituem objecto do direito de autor são livres, traduzindo-se este direito na “limitação das actividades dos membros da comunidade”. Assim, ao invés de um direito sobre a obra, o direito de autor caracterizar-se-ia pela reserva legal à actuação do autor de certas actividades relativas à obra. Apesar de o direito de autor surgir pelo simples facto da criação, a obra, por natureza, não poderia ser apropriada: “Por natureza, a obra literária ou artística não é susceptível de apropriação exclusiva, não podendo portanto originar uma propriedade. / Uma vez divulgada, [...] comunica-se a todos os que dela participarem. Não pode estar submetida ao domínio exclusivo de um só. [...] há utilizações de terceiros que continuam lícitas, e têm de o ser sempre, dada a destinação social do bem intelectual” (223).

adopta a terminologia propriedade intelectual, opondo-se à tese da propriedade e preferindo a expressão direitos intelectuais, escrevendo: “Será[...] incorrecto confundir os dois conceitos [direitos de autor e propriedade intelectual], visto que só em parte coincidem. De resto, se os quisermos englobar numa expressão única, falaríamos de preferência em *direitos intelectuais*.” (Rebello, *Introdução*, p. 24, e p. 55).

(222) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 670 (embora deixe de parte os “direitos de remuneração” ou pretensões remuneratórias, porque, tratando-se de uma “categoria heteroclita, [...] não permitiriam nunca chegar a uma posição de conjunto sobre a sua natureza.” — p. 667).

(223) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 674 (“A obra literária e artística é

Assim, a insusceptibilidade de apropriação resultaria da própria natureza da obra. Todavia, a insusceptibilidade de apropriação não significaria que a obra não pudesse ser objecto de direitos, mas não de propriedade, pois seria incompatível com um domínio exclusivo. Na verdade, “não podendo ser apropriada, a obra não pode ser considerada objecto de propriedade privada. Mas mesmo coisas não individualmente apropriáveis podem ser objecto de direitos de exclusivo: assim as coisas que estão no domínio público podem ser objecto de concessão, ficando nos termos desta sujeitas à actuação exclusiva dum só” (224).

Em segundo lugar, considera que não é preciso que o direito recaia sobre o bem para que este possa ser objecto do direito, bastando que “seja o ponto de referência dos poderes que se atribuem a um sujeito”, e recorre, para o efeito, à dicotomia entre objecto mediato e objecto imediato do direito: o primeiro seria a obra; o segundo seriam as actividades em que se analisaria o exclusivo de exploração económica; sendo que, apesar da faculdade que assiste ao autor de definir as condições de utilização da obra, as actuações permitidas a terceiros sobre a obra, que não apenas proprietários de exemplares, não seriam distintas daquelas permitidas ao autor, pelo que a norma limitar-se-ia a proibir “a todos, com excepção do autor, as utilizações que estejam ligadas a formas de exploração económica da obra. [...] A lei permite ao autor certas actividades que se referem à obra, o que se revela pela imposição de um dever genérico de abstenção de intervir no círculo reservado ao autor” (225).

Em terceiro lugar, o direito de autor não teria natureza real porque, para além de abranger apenas a universalidade de poderes de exploração económica relativos à coisa, não recairia sobre ela. Assim seria, uma vez que, “por definição todo o direito real recai directamente sobre uma coisa” e, no direito de autor, os poderes do titular, “na realidade, não recaiem sobre a obra. Esta, como ente intelectual, permanece sempre intocada” (226).

Em quarto lugar, esta diversidade, quer de objecto, quer de conteúdo, seria, aliás, reconhecida pelos partidários da teoria da “propriedade espiritual” (*geistiges Eigentum*), um misto de propriedade e de personalidade, de que seriam adeptos Nordemann, Lehmann, Ulmer e Hubmann; pelo que, como refere, não adiantaria “nada falar em propriedade, pois o recurso ao conceito não é justificado por um regime unitário”, para além de poder “fragmentar os

inapropriável.” — p. 686).

(224) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 683.

(225) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 681-2 (assim seria por força da “essência da obra, que se destina a todos e não suporta atribuições exclusivas.”)

direitos intelectuais, pois em matéria de direitos industriais é impossível afirmar a existência de uma propriedade com alguns traços personalísticos” (227).

Em quinto lugar, aos defensores da teoria dos direitos sobre bens imateriais, como Troller e Greco, e das teses dos direitos reais limitados, como Ferrara, Fuchs, De Sanctis e Larenz, contrapõe o Prof. Oliveira Ascensão que o gozo público não resulta de mera tolerância do titular do direito, uma vez que “o que é restrito e demarcado são as utilizações que se reservam ao titular do direito de autor. [(228)] [...] Todos os outros desfrutam directamente dos bens e o seu gozo está subtraído à alçada do titular do direito de autor. Este não pode proibir o desfrute intelectual da sua obra por parte de outrem. [...] Esta pertence a todos, por natureza e não por qualquer tolerância do criador intelectual, ou do transmissário do direito de autor” (229).

Por último, o direito pessoal seria também integrado no “exclusivo global que é atribuído ao autor”, sendo afastadas as teorias do direito de personalidade: as faculdades de natureza pessoal do direito de autor não seriam compreendidas num direito de personalidade, como pretendiam quer as correntes monistas, quer certas orientações dualistas (*v. g.*, De Cupis), uma vez que “o que estaria em causa não seria a protecção da personalidade em si, mas a protecção de faculdades referentes a um bem exterior em que uma personalidade se projectou anteriormente” (230).

AB VNO AD OMNES

(226) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 680-1.

(227) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 678, 677 (este argumento é, ainda, sustentado por outro: “A propriedade, tal como é delineada nas nossas leis, pressupõe o carácter material do objecto e a susceptibilidade de actos de posse em relação a este, o que não sucede no direito de autor.” — p. 678).

(228) Contrapondo esta consideração com o regime dos direitos conexos, aos quais estende a categoria do direito de exclusivo, será problemático saber se o carácter “restrito e demarcado” das utilizações que são reservadas ao titular do direito de autor se traduz na tipicidade dos modos de utilização. No âmbito dos direitos conexos, assim parece ser: “Não há um exclusivo geral da exploração económica da prestação; as faculdades outorgadas são típicas.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 686). Todavia, já no domínio do direito de autor temos dúvidas que assim seja, em virtude da fórmula utilizada pelo legislador; fórmula esta perante a qual o carácter “restrito e demarcado” das utilizações reservadas será, no mínimo, problemático. Como veremos, em face do regime legal, o que parece restrito e demarcado são as excepções e o âmbito da utilização livre.

(229) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 675-6.

(230) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 684, 672-3 (“Também aqui a obra é um *a propósito* de certas actividades, que tanto podem ser exercidas pelo autor como por

2. Resulta do exposto que, entre nós, a proposta de harmonização comunitária da concepção do direito de autor e dos direitos conexos como propriedade intelectual, considerando-a como fazendo parte do direito de propriedade, se bem que seja sustentada por parte significativa da nossa doutrina, não é consensual, sendo de destacar, em sentido contrário, a opinião exposta do Prof. Oliveira Ascensão.

Não obstante, será, ainda, sustentável a tese da propriedade intelectual? E, mesmo que esta figura seja admissível, será rebatível a tese que nega que o direito de autor constitui um direito de propriedade?

Em causa está uma proposta de harmonização comunitária. Não se trata, portanto, de um mero exercício de especulação teórica. Tanto mais que as medidas agora propostas constituem mais passo no processo de adaptação do instituto do direito de autor ao paradigma das tecnologias informáticas.

Mas, em que consistirá essa anunciada propriedade do direito de autor no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede? Será a utilização de dispositivos criptográficos (assinatura digital, cifragem) e estenográficos para proteger o material protegido contra gozos não autorizados equivalente ao exercício dos tradicionais direitos de *tapagem* e, até, de demarcação no ciber-espaço?

§ 14. A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO CÓDIGO CIVIL

1. A propriedade intelectual é prevista no Código Civil, integrando os “direitos de autor e a “propriedade industrial” (231). Trata-se de um género nominativo de duas espécies de direitos previstos no quadro das disposições

qualquer outra pessoa.” — p. 671; embora, como refere: “Deixamos porém aos cultores do Direito da Personalidade verificar se, e em que termos, se faz a integração desta matéria naquele ramo do direito. [...] Não procuraremos resolver até ao fim a problemática do direito pessoal” — p. 669, 685).

(231) 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

gerais sobre a propriedade, embora “sujeitos a legislação especial”.

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 1966 ⁽²³²⁾, 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) ⁽²³³⁾, 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 ⁽²³⁴⁾, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, ratificado com alterações

especialmente estabelecido.”

⁽²³²⁾ 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.” — *italico nosso*).

⁽²³³⁾ 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.”

⁽²³⁴⁾ 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

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-Leis n.ºs 332/97, 333/97 e 334/97, de 27 de Novembro ⁽²³⁵⁾, no uso da autorização legislativa concedida pelas alíneas *a)* a *c)* da Lei n.º 99/97, de 3 de Setembro, que

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 institui 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. Porém, não ratificou outras convenções internacionais, como sejam, nomeadamente, a Convenção sobre a protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão assinada em Roma a 26 de Outubro de 1961 (Convenção de Roma 1961), a Convenção para a protecção dos produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada dos seus fonogramas assinada em Genebra a 29 de Outubro de 1971 (Convenção de Genebra 1971) e a Convenção respeitante à distribuição de sinais portadores de programas transmitidos por satélite assinada em Bruxelas a 21 de Maio de 1974 (Convenção de Bruxelas 1974).

⁽²³⁵⁾ 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-Leis n.ºs 42 660 e 42 661, 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.ºs 74/93, de 10

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.

Por outro lado, o Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, 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 ⁽²³⁶⁾.

2. Ora, dispõe o art. 1302.º do Código Civil que: “Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código.” Do seu enquadramento sistemático, bem como assim da respectiva epígrafe, conclui-se que se trata de uma disposição geral destinada a definir o objecto do direito de propriedade. Todavia, define, apenas, o

de Março, 6/95, de 17 de Janeiro, e 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, 18-9 (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).

⁽²³⁶⁾ Todavia, sustentando que o regime das topografias de produtos semicondutores se encontra “em termos muito próximos da regulamentação específica do Direito de Autor” (Rebello, *Introdução*, p. 76). Salvo o devido respeito, não apoiamos este entendimento, por não ser essa a nota dominante do regime positivo. Apesar de em alguns aspectos, como veremos, ser sustentável essa aproximação ao direito de autor, a verdade é que o tronco deste regime especial se assemelha mais aos direitos de propriedade industrial, *maxime* no que respeita aos modelos e desenhos industriais. O nosso legislador não consagrou expressamente as topografias no catálogo de obras, ao contrário da Convenção de Berna que as contempla (art. 2.º, 1). Isso não significa que as topografias não possam ser protegidas pelo direito de autor, tal como os modelos e desenhos industriais, uma vez considerada a natureza não taxativa do catálogo. Todavia, não nos parece sustentável que o regime especialmente estabelecido para topografias se encontre “em termos muito próximos” do direito de autor, só porque poderão ser protegidas pelo direito de autor. A isto deve responder-se: *quod erat demonstrandum*. Regista-se, todavia, a impressão de um aparente *tertium genus* de objectos da propriedade intelectual, a meio caminho entre os direitos de autor e a propriedade industrial.

⁽²³⁷⁾ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 75-6.

objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil.

Procurando evitar uma qualquer pré-compreensão que prejudique os resultados da interpretação desta norma, diremos que, salvo melhor juízo, o teor literal do preceito admite três sentidos possíveis, os quais confirmam aquela asserção inicial.

O primeiro significa que só podem ser objecto do direito de propriedade, regulado no Código Civil, as coisas corpóreas, isto é, as *res quae tangi possunt*. Trata-se, portanto, de uma regra que define o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil, em termos de a natureza corpórea da *res* constituir seu elemento essencial. Com efeito, escrevem os Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, que “o direito de propriedade regulado no novo Código Civil não abrange os direitos da mesma índole e natureza que recaiam sobre coisas imateriais. É expresso, nesse sentido, não só o texto deste artigo, quando afirma que só as coisas corpóreas podem ser objecto do direito de propriedade regulado no Código, como o preceito seguinte, ao submeter a legislação especial os direitos de autor e a propriedade industrial, a que genericamente se chamou, na epígrafe do artigo, propriedade intelectual” (237).

O segundo significa que, apesar de o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil só poder ser constituído por coisas corpóreas, estas poderão ser objecto de outros direitos de propriedade. Na verdade, a referência ao “direito de propriedade regulado neste código” parece admitir a existência de outros regimes de propriedade. E, com efeito, para além da “propriedade intelectual”, o legislador parece admitir, ainda, que as coisas corpóreas possam ser objecto, também, do domínio do Estado e de outras pessoas colectivas públicas, dispondo no art. 1304.º que: “O domínio das coisas pertencentes ao Estado ou a quaisquer outras pessoas colectivas públicas está igualmente sujeito às disposições deste código em tudo o que não for especialmente regulado e não contrarie a natureza própria daquele domínio.”

O terceiro significa, por interpretação *a contrario*, que, para além das coisas corpóreas, podem constituir objecto de direitos de propriedade coisas não corpóreas (238). Ou seja, apesar de só as coisas corpóreas poderem ser objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil,

(238) Admitindo como possível este sentido interpretativo, Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, p. 394 (“o texto pode continuar a ser interpretado no sentido favorável à qualificação como propriedade. Dir-se-á que o Código Civil só regula a propriedade de coisas corpóreas, mas isso não exclui a propriedade de coisas incorpóreas, regulada fora do Código Civil”).

(239) Refira-se, a propósito, sobre a relação entre a propriedade e os (demais)

admite-se que as coisas não corpóreas também possam ser objecto de direitos de propriedade regulados noutros diplomas, em especial os relativos à propriedade intelectual (direitos de autor e propriedade industrial).

Em suma, o direito de propriedade regulado no Código Civil só pode ter por objecto coisas corpóreas. Todavia, estas, bem como as coisas não corpóreas, podem ser objecto de outros direitos de propriedade regulados em legislação especial, sejam os direitos de propriedade intelectual (direitos de autor e propriedade industrial), seja o domínio do Estado e de outras pessoas colectivas públicas.

3. Porém, esta conclusão carece de esclarecimentos dos seus termos. Será rigoroso utilizar a terminologia propriedade intelectual? O que são coisas incorpóreas? Tratar-se-á o domínio do Estado e de outras pessoas colectivas públicas de um direito de propriedade?

O problema prende-se, desde logo, com a definição do conteúdo do direito de propriedade consagrada no art. 1305.º: “O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.” Extraí-se deste preceito que o conteúdo do direito de propriedade analisar-se-á, subjectivamente, na oponibilidade *erga omnes* ⁽²³⁹⁾, e, objectivamente, nas faculdades de *utendi, fruendi et abutendi*, dentro dos limites da lei. Constitui, portanto, um *ius excluendi omnes alios* que atribui uma *plena in re potestas*, dentro dos limites da lei.

Ora, em causa está apurar o valor sistemático desta definição. Trata-se este do direito de propriedade regulado no Código Civil que apenas admite

direitos reais, e a característica da oponibilidade *erga omnes* — considerando que “a relação não pode, por natureza, dirigir-se *erga omnes*” —, a posição do Prof. Oliveira Ascensão segundo a qual, o direito real não seria, em certos termos, um poder absoluto; nas suas palavras: “O direito real não é um poder absoluto. Não o é, certamente, se se pressupõe uma oponibilidade *erga omnes*: já dissemos introdutoriamente o suficiente para afastar esta aberração. Mas mesmo que se recue para posições muito mais tributárias do bom senso, e se conceda que a absolutidade se reconduz à possibilidade de violação por alguém que não está em relação com o titular, teremos sempre de chegar à conclusão paradoxal de que o direito real não é necessariamente um direito absoluto. / Decerto, essa possibilidade de violação encontra-se na maioria dos direitos que têm sido qualificados como reais. Mas o vício da doutrina tem sido assentar na propriedade e em situações semelhantes à propriedade.” (Oliveira Ascensão, *As relações jurídicas reais*, p. 27, p. 271-2)

⁽²⁴⁰⁾ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 74-5.

como objecto coisas corpóreas, sendo o conteúdo dos “outros” direitos de propriedade definido, autonomamente, em “legislação especial”? Ou, pelo contrário, esta “definição” aplica-se não apenas ao direito de propriedade regulado no Código Civil, mas também aos chamados direitos de propriedade regulados em legislação especial?

A questão não se colocará se, seguindo a doutrina dos Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, entendermos que: “O Código não define o direito de propriedade. [...] Definir, por outro lado, a propriedade pelo seu conteúdo, isto é, pelos poderes que a lei confere ao respectivo titular sobre a coisa, tal como o fizeram os juriconsultos romanos através do *jus utendi*, do *jus fruendi* e do *jus abutendi*, conduz a soluções que nem sempre são exactas, dada a *elasticidade* daquele direito e a função social que as leis modernas lhe atribuem [...]. É tal o poder de compressão e de expansão deste direito, que, não havendo nas legislações modernas senão um tipo de propriedade, esta pode revestir as mais diversas modalidades” (240).

Porém, o problema já se poderá pôr se considerarmos, por um lado, que o art. 1305.º caracteriza o conteúdo do direito de propriedade regulado no Código Civil, e, por outro, que esta é a única caracterização válida no sistema. Se assim for parece que então não poderemos admitir a existência de direitos de propriedade sobre coisas não corpóreas. Com efeito, o art. 1302.º dispõe expressamente: “Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código.” E não restam dúvidas de que aquele é o direito de propriedade regulado no Código Civil.

Note-se que, se o legislador tivesse dito as mesmas palavras, mas numa sequência diferente, o conjunto de sentidos possíveis da letra da lei seria bem diverso. Assim, por exemplo, se tivesse dito: “As coisas corpóreas, móveis ou imóveis, só podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código.” Se assim fosse, então seria, literalmente, afastada a possibilidade de as coisas corpóreas poderem ser objecto de direitos de propriedade regulados noutros diplomas. E, todavia, mesmo que assim fosse, estar-se-ia a admitir, ainda, não apenas a existência de coisas não corpóreas, mas também de outros direitos de propriedade, para além daquele que o Código Civil regula.

(241) Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 405 (isto é, das “normas respeitantes a institutos

§ 15. PROPRIEDADE E DOMÍNIO PÚBLICO

1. Servindo-nos da “metódica dos lugares paralelos” ⁽²⁴¹⁾, comecemos, então, por procurar resposta à pergunta de saber se o domínio do Estado e de outras pessoas colectivas pode ser considerado um direito de propriedade. Sendo que a referência ao “domínio das coisas pertencentes ao Estado” parece abranger todas as categorias de coisas. Na verdade, nas palavras dos Profs. Pires de Lima e Antunes Varela: “Com esta referência indiscriminada, o legislador quis abranger toda a espécie de domínio, seja ele *público*, seja *privado*. A forma genérica foi adoptada intencionalmente, para que as regras *especiais* sobre o domínio privado do Estado não fossem afectadas com a publicação do Código Civil[...]” ⁽²⁴²⁾.

Concentremo-nos, porém, nas coisas que integram o domínio público. Com efeito, o legislador constitucional utiliza o termo propriedade para designar não apenas a propriedade privada ⁽²⁴³⁾, mas também os “sectores de propriedade dos meios de produção”, entre os quais se contam não apenas o sector privado e o sector cooperativo e social, mas também o sector público, isto é, o sector “constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas” (art. 82.º, 2, CRP).

Ora, o texto constitucional, nos termos do art. 84.º aditado pela Lei Constitucional n.º 1/89 (art. 53.º), utiliza a expressão “domínio público” para designar, em certos termos, por ex., as águas territoriais, as camadas aéreas, os jazigos minerais, as estradas, as linhas férreas nacionais e outros bens classificados como tal por lei (1), para a qual remete, ainda, no que respeita ao regime, condições de utilização e limites (2). Ou seja, o “domínio público” consiste num conjunto de bens do Estado e de outras pessoas colectivas públicas, cujo regime, condições de utilização e limites são definidos por lei ⁽²⁴⁴⁾. Assim, a relação de dominialidade entre o Estado e outras

ou hipóteses de qualquer modo relacionados com a fonte que se pretende interpretar.”).

⁽²⁴²⁾ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 79

⁽²⁴³⁾ Art. 62.º CRP: “(Direito de propriedade privada) / 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. / 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.” (v. Código das Expropriações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 438/91, de 9 de Novembro, que só se aplica às coisas corpóreas, abrangendo também os estabelecimentos).

⁽²⁴⁴⁾ Sobre o regime de bens do domínio público hídrico do Estado, incluindo a respectiva administração e utilização, v. Decreto-Lei n.º 79/90, de 2 de Março.

⁽²⁴⁵⁾ Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, II, p. 12, 14, 15 (relativamente

peças colectivas públicas e os bens do domínio público será qualificável como direito de propriedade?

2. Ainda na vigência do Código de Seabra a doutrina da *propriedade pública* respondia afirmativamente. Nas palavras do Prof. Afonso Queiró: “Não há dúvida de que as coisas públicas não pertencem ao Estado [...] a título de propriedade privada — e é só isso que se pode inferir do facto do Estado não usar, fruir e dispor de tais coisas como se fosse um particular. Mas detêm sobre elas uma série de poderes que se podem considerar como suficientes para caracterizar como de propriedade pública a relação que intervém entre a Administração e os bens de domínio público. [...] Toda esta disciplina da relação de pertinência das coisas públicas à Administração é uma disciplina que não corresponde à disciplina em que se analisa o regime da propriedade privada. [...] A propriedade do Estado sobre as coisas públicas está[...] limitada internamente pela finalidade objectiva dos próprios poderes de fruição. Uma tal vinculação é estranha à propriedade privada. / Daqui resulta que o conceito de propriedade não pode considerar-se exclusivo do arsenal de conceitos da ciência do direito privado — é antes um conceito comum à ciência do direito privado e à ciência do direito administrativo” (245).

Temos assim que, ao lado da propriedade privada seria de afirmar a figura da propriedade pública relativamente aos bens do domínio público. Por outro lado, admitia-se já que o objecto desta propriedade pública pudesse ser constituído não apenas por coisas corpóreas mas também por coisas não corpóreas (ou incorpóreas). Ainda nas palavras do Prof. Afonso Queiró: “Em direito administrativo, como aliás em direito privado, as coisas podem ser[...] corpóreas ou incorpóreas, contando-se entre estas últimas os chamados bens da personalidade (como o nome), os bens imateriais (como as obras ou produtos de engenho — obras literárias, artísticas, científicas, as invenções, etc. —, os direitos como tais, para quem admita a existência de direitos sobre direitos)” (246).

Assim, parece legítimo sustentar-se, em conformidade, que o domínio das coisas pertencentes ao Estado e a outras pessoas colectivas públicas consiste num

às coisas particulares da Administração entende-se que “estão, em princípio, quanto ao seu regime jurídico, equiparadas às coisas particulares dos próprios particulares. Esse regime está baseado no princípio da igualdade e da paridade dos sujeitos.” — p. 8).

(246) Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, II, p. 5.

(247) Num registo concordante de direito comparado, v. Cornu, *Le droit culturel des*

direito de propriedade, a propriedade pública, que, apesar disso, não se identifica com a propriedade privada regulada no Código Civil. Sendo que a propriedade pública pode ter como objecto não apenas coisas corpóreas, mas também coisas não corpóreas (ou incorpóreas) ⁽²⁴⁷⁾.

§ 16. DA COISA E SUA INCORPORALIDADE

1. Interessa considerar, seguidamente, o que são coisas incorpóreas. Vimos já que estas coisas podem constituir objecto da propriedade pública, a qual prova, salvo melhor juízo, que o direito de propriedade regulado no Código Civil não representa a única forma possível de propriedade. Vejamos, agora, em que consistem, sabendo que as coisas incorpóreas eram já conhecidas dos romanos, distinguindo-se as *res corporales, quae tangi possunt*, das *res incorporales, quae non tangi possunt; quae sola mente concipiuntur*. “*Ins. de Justiniano, II, 2; ‘quaedam praetera res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt qui sui natura tangi possunt; veluti fundus, homo, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in jure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae’...*” ⁽²⁴⁸⁾

Ora, o Código Civil não nomeia esta figura, as coisas incorpóreas, senão por interpretação *a contrario*. Nos termos da noção de coisa constante do art. 202.º, 1: “Diz-se coisa tudo aquilo que pode constituir objecto de relações jurídicas.” Sendo que, as coisas não corpóreas não constam do elenco da classificação das coisas fornecida pelo legislador ⁽²⁴⁹⁾. Dispõe-se, apenas, que as “coisas são imóveis ou móveis”, pressupondo, ao que parece, a sua natureza corpórea.

Na verdade, o art. 1302.º dispõe que as “coisas corpóreas, móveis ou imóveis [...]”. Isto é, as coisas móveis ou imóveis serão as duas espécies que compõem o género das coisas corpóreas. E, todavia, parece resultar, por

biens, p. 495 s. (sustentando que a função social da propriedade pública sobre obras caídas no domínio público traduz-se, especialmente, num direito de acesso para fins de gozo comum).

⁽²⁴⁸⁾ Cfr. Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, p. 397, em nota.

⁽²⁴⁹⁾ Art. 203.º CCiv: “As coisas são imóveis ou móveis, simples ou compostas, fungíveis ou não fungíveis, consumíveis ou não consumíveis, divisíveis ou indivisíveis, principais ou acessórias, presentes ou futuras.”

⁽²⁵⁰⁾ No que respeita ao objecto da relação jurídico-obrigacional distingue-se, tra-

interpretação *a contrario* do art. 1302.º, a existência de coisas incorpóreas no *corpus iuris*. Ademais, da interpretação conjugada deste preceito com o art. 202.º, 1, as coisas incorpóreas serão todas as coisas não corpóreas, isto é, todos os objectos de relações jurídicas que não são coisas corpóreas.

2. Assim, para sabermos o que são coisas incorpóreas, importa analisar, em primeiro lugar, o que são coisas. Segundo a noção do legislador, diz-se coisa “tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas.” Nessa medida, seriam coisas, para além das coisas corpóreas que podem ser objecto de direitos de propriedade, todos os restantes possíveis objectos de relações jurídicas, em especial: 1.º as pessoas, no poder paternal e no poder tutelar (*iura in personna*) e nos direitos de personalidade (*iura in se ipsum*); 2.º as prestações debitórias, se se entender que o objecto da relação obrigacional não é a pessoa do devedor nem o seu património ⁽²⁵⁰⁾; 3.º os bens previstos e regulados nos regimes especiais da propriedade intelectual (direitos de autor e propriedade industrial) ⁽²⁵¹⁾; 4.º os direitos, no fenómeno dos “direitos sobre direitos” ⁽²⁵²⁾. Ou seja, por comparação parece ser possível distinguir as coisas corpóreas das coisas não corpóreas.

Além disso, segundo os termos do legislador, serão admitidas, ainda, as chamadas coisas fora do comércio, isto é, todas as coisas que não podem ser

dicionalmente, o objecto imediato do objecto mediato. Nas palavras do Prof. Manuel de Andrade: “Quanto a haver direitos que tenham objecto imediato e objecto mediato, estão neste caso, pelo menos, as obrigações (em sentido técnico; isto é, relações obrigacionais ou direitos de crédito) de prestação de coisa certa e determinada. O objecto imediato do direito do credor é a prestação do devedor — entrega da coisa devida — ou então, como querem outros, a própria pessoa deste, embora considerada ela somente no limitado aspecto que interessa à prestação. Objecto mediato será a própria coisa que deve ser prestada pelo devedor. Aquele consiste num facto, numa actividade a realizar pelo obrigado; este, na coisa mesma que tal *facto* ou *actividade* deve proporcionar ao credor.” (Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, I, p. 247).

⁽²⁵¹⁾ No Código do Direito de Autor as obras são qualificadas expressamente como coisas incorpóreas (art. 10.º, 1).

⁽²⁵²⁾ Os direitos serão, ainda, coisas, segundo a noção legal, nas relações jurídico-negociais. Assim, por exemplo, o objecto do contrato de compra e venda será o direito de propriedade sobre uma coisa, ou outro direito. Isto é, uma coisa é a “relação jurídica” que regula o direito de propriedade, outra coisa é a relação jurídica que goceia esse direito. Sendo que a existência da coisa não é sequer necessária para a validade desta última, como resulta, nomeadamente, do regime da venda de bens futuros (v. art. 880.º CCiv).

⁽²⁵³⁾ Nas palavras do Prof. Manuel de Andrade, “também não estará de acordo

objecto de direitos privados, entre as quais se contam as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insusceptíveis de apropriação individual (art. 202.º, 2, CCiv). Todavia, isto não significa que estas coisas não possam ser, também, objecto de relações jurídicas e, até, de direitos de propriedade.

Vimos que assim é no que respeita aos bens do domínio público para a doutrina da propriedade pública, sendo, ainda, de referir que, como nos diz o Prof. Afonso Queiró: “Na doutrina privatística costuma ensinar-se que não são coisas, em sentido jurídico, os entes que não são susceptíveis de apropriação exclusiva por alguém⁽²⁵³⁾]. Não é de perfilhar idêntico ponto de vista em direito público. As *res communes omnium* podem, na verdade, ser objecto de poderes jurídicos da Administração” ⁽²⁵⁴⁾.

3. Uma vez aqui chegados, urge perguntar: qual é o valor da noção legal de coisa? Terá algum préstimo jurídico? Na verdade, esta noção tem sido muito criticada pela doutrina, em razão da equiparação que opera entre coisa e objecto da relação jurídica.

O Prof. Mota Pinto aponta a falta de rigor da noção legal de coisa: “O art. 202.º do novo Código Civil estabelece equivalência entre o conceito de *coisa* e o de *objecto de relações jurídicas*. Cremos, contudo, que aquela equivalência não é inteiramente rigorosa, pois as *coisas*, sendo é certo, a espécie mais corrente de objectos de relações jurídicas, não esgotam contudo a extensão do conceito de objecto jurídico. [...] Não pode considerar-se rigorosa tal definição. Acresce não se divisar um qualquer valor operacional ou prático na inclusão de uma definição deste tipo num Código, revestindo a noção explicitada no art. 202.º um significado puramente expositivo, de tipo

com o requisito [da existência autónoma] tudo aquilo que por sua natureza seja *insusceptível de apropriação exclusiva por alguém*; tudo aquilo que não seja capaz de assenhoreamento jurídico privativo a favor de algum ou alguns homens[...] Isto pode dar-se, ou por se tratar de objecto de que, *ex rerum natura*, todos os homens se podem aproveitar [...] ou então de objectos de que, por análogo motivo, ninguém pode tirar proveito. Na primeira categoria se integram, designadamente, a luz ou o calor solar ou o ar atmosférico, que são, portanto, *res communes omnium*, como diziam os romanos. À segunda categoria pertencem as estrelas, incluindo o próprio sol, em si mesmo, os planetas, etc.” (Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, I, p. 259-260). Para uma apreciação ao art. 202.º, 2, CCiv, v. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, II (III), p. 29 (“Esta última referência é equivocada. Uma coisa naturalmente insusceptível de apropriação individual não é, juridicamente, uma coisa”).

⁽²⁵⁴⁾ Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, II, p. 5.

⁽²⁵⁵⁾ Mota Pinto, *Teoria Geral*, p. 332, 339.

manualístico e, nesse plano, como dissemos, incorrecto. / Com efeito há entes susceptíveis de serem objecto de relações jurídicas que não são coisas em sentido jurídico. Pensemos nas *pessoas*, nas *prestações*, nos *modos de ser* ou *bens da própria personalidade*” (255).

Nessa medida, parece sustentar-se uma interpretação, senão ab-rogante, pelo menos altamente restritiva do conceito de coisa, distinguindo-a da noção de objecto de relações jurídicas, e admitindo a possibilidade de a pessoa, apesar de não ser coisa em sentido jurídico, constituir objecto de direitos em diversos casos: os direitos sobre a pessoa de outrem e os direitos sobre a própria pessoa (*iura in persona* e *iura in se ipsum*, no quadro da doutrina dos poderes-deveres ou poderes funcionais e da doutrina dos direitos de personalidade, respectivamente); outros objectos possíveis de relações jurídicas que não constituiriam coisas *stricto sensu* seriam os direitos e as prestações.

Críticas à noção legal de coisa dirige também o Prof. Oliveira Ascensão. Nas suas palavras: “Não merece pois aplauso a solução legislativa. A figura mais genérica é a do bem. Coisa é uma modalidade deste. [...] o conceito de coisa é um conceito pré-legal. O legislador descobre as coisas não as cria. [...] coisa, como conceito pré-legal, é tudo aquilo que, carecendo de personalidade, tem autonomia e individualidade e é susceptível de apropriação” (256).

Parece assim que o legislador não terá sido muito feliz ao consagrar tal noção de coisa. Identificando-a com o objecto de relações jurídicas, levanta dificuldades desde logo ao nível da construção dogmática da figura nuclear do direito subjectivo. Com efeito, escreve o Prof. Mota Pinto, que: “O direito subjectivo traduz-se num poder atribuído a uma pessoa. Este poder, e as faculdades que o integram, podem, quase sempre, ser exercitados sobre um determinado «quid», corpóreo ou incorpóreo. Esse poder e essas faculdades incidem sobre determinado ente (coisa ou pessoa); conferem a possibilidade de exercer uma soberania ou domínio sobre um bem, sobre um *objecto* (coisa corpórea ou incorpórea, prestação, pessoa, incluindo um determinado modo de ser da própria pessoa, outro direito)” (257).

Ora, segundo a interpretação doutrinal do Prof. Mota Pinto, não serão coisas, *stricto sensu*, os direitos, as prestações, as pessoas, embora possam constituir, também, objecto de relações jurídicas. As coisas *proprio sensu*

(256) Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, II (III), p. 13-6.

(257) Mota Pinto, *Teoria Geral*, p. 329.

(258) Mota Pinto, *Teoria Geral*, p. 336 (escrevendo, em nota: “Como se infere, este

seriam, apenas, seguindo esta doutrina, as coisas corpóreas e as coisas incorpóreas que constituem objecto dos direitos de autor e da propriedade industrial. Todavia, mesmo em relação ao objecto dos direitos de autor, a admissibilidade da categoria das coisas incorpóreas não se afigura para este entendimento totalmente a-problemática. Com efeito, nas suas palavras: “Em virtude de o direito de autor comportar poderes de natureza patrimonial e poderes de natureza pessoal ou moral não é rigoroso falar-se de propriedade intelectual, artística, literária ou científica. Os direitos em questão — absolutos como os direitos reais — têm, contudo, ao que vimos, um objecto de natureza «*sui generis*», pelo que é preferível a designação de direitos de autor. Assim se liga o objecto do direito a uma criação (espiritual) e se refere o seu primeiro titular” (258).

Ou seja, em rigor, o objecto desta relação jurídica não seria uma coisa, mas sim “um objecto de natureza «*sui generis*»”, um bem imaterial gerado por uma criação espiritual. As mesmas considerações deveriam valer, *mutatis mutandis*, para a chamada propriedade industrial, uma vez que estes direitos têm também por objecto “criações do espírito humano”, revestindo, de igual modo, uma componente pessoal, consagrada, por exemplo, na vigência do anterior Código da Propriedade Industrial, no direito que o inventor “tem[...] de ser reconhecido como tal” (art. 9.º, § 1.º, 2.ª parte) (259).

Donde poderíamos talvez concluir que, para esta doutrina, coisas em sentido estrito, seriam, afinal, apenas as coisas corpóreas, isto é, os objectos do direito de propriedade. As chamadas coisas incorpóreas, apesar de serem admitidas, não seriam coisas *stricto sensu*, porque, ao que parece, não constituiriam objecto do direito de propriedade previsto e regulado no Código Civil; pelo que não seria “rigoroso falar-se de propriedade intelectual”, pelo menos para os “direitos de autor”.

Por outro lado, na doutrina, a noção legal de coisa não apenas é criticada como chega a ser omitida no quadro do objecto da relação jurídica, parecendo ser essa noção desprovida de qualquer valor no quadro do sistema jurídico. No entender do Prof. Orlando de Carvalho: “O objecto da RJ é necessariamente um bem (bem é tudo o que é apto a satisfazer necessidades) e um bem econó-

primeiro titular pode alienar o direito patrimonial de autor; mesmo quando aliena, todavia, este direito patrimonial de autor conserva algumas prerrogativas dirigidas à defesa da sua personalidade.”)

(259) Direito este que está consagrado na CUP (Art. 4.º-ter. “O inventor tem o direito de ser como tal mencionado na patente.”).

(260) Orlando de Carvalho, *Teoria Geral*, p. 116-8.

mico (bem escasso), porque só um bem assim suscita conflitos de interesses. Note-se, contudo, que bem não é o mesmo que coisa. Há *bens não coisificáveis* (nem coisas nem convertíveis em coisas): as *peçoas* (a própria pessoa e a pessoa de outrem), que são objecto dos direitos de personalidade (a 1.^a) e dos direitos sobre pessoa de outrem (a 2.^a), as *prestações* (por serem comportamentos da pessoa e incidíveis dela), que são objecto dos direitos de crédito, e as *situações económicas não autónomas* (vantagens ligadas incidivelmente a outros bens — o caso da clientela de um estabelecimento comercial; ou a certas titularidades jurídicas — por ex., a vantagem de se ser credor (ou devedor) de Rockefeller, ainda que seja só de um cêntimo). A nosso ver, são estas situações económicas não autónomas que explicam o fenómeno da coisificação de direitos [...] ou dos direitos sobre direitos. [...] Além dos bens não coisificáveis, há os *bens coisificáveis*: as *coisas* propriamente ditas (coisa é ‘todo o bem do mundo externo, sensível ou insensível, com a suficiente individualidade e economicidade para ter o estatuto permanente de objecto de direitos’) e os direitos coisificados (coisas em sentido amplo). Os direitos reais têm necessariamente por objecto uma coisa (em sentido amplo)” (260).

Assim, para a doutrina do Prof. Orlando de Carvalho, as coisas propriamente ditas abrangeriam as coisas corpóreas e as coisas incorpóreas. Mas as coisas, corpóreas e incorpóreas, seriam apenas um dos objectos possíveis da relação jurídica. A elas se juntariam, na realidade, os bens não coisificáveis (as pessoas, as prestações e as situações económicas não autónomas). Acresce que segundo esta orientação, a categoria das coisas em sentido amplo abrangeria de igual modo os chamados direitos coisificados.

4. Será importante fazer um pouco de “arqueologia jurídica” em ordem a compreender as origens da actual noção legal de coisa, noção essa que tantas críticas tem merecido junto da doutrina, a qual, todavia, não fornece um conceito dogmático provido de consensualidade e, nessa medida, apto a fornecer ao intérprete um conjunto de sentidos inequívocos da palavra coisa.

No art. 369.º do Código de Seabra constava também uma definição de coisa: “Coisa diz-se em direito tudo aquilo que carece de personalidade”. Porém, esta noção também não merecia propriamente o aplauso da doutrina. Com efeito, a doutrina discutia já o âmbito e alcance desta noção legal de coisa, contrapondo-a à de objecto de direitos.

No entender do Prof. Manuel de Andrade, do confronto entre a noção

(261) Manuel Andrade, *Teoria Geral*, I, p. 265. A consideração da possibilidade

jurídica de coisa e a de objecto de direitos resultava, “ser esta mais ampla do que a outra. Toda a coisa na acepção jurídica do termo é ou pode ser objecto de relações jurídicas, mas esta qualificação não é privativa das coisas. Entre os possíveis objectos de relações jurídicas, ficam de fora do conceito jurídico de coisas as pessoas estranhas ou a do próprio titular do correspondente direito subjectivo. Só pode intervir alguma dúvida quanto a incluir-se no conceito jurídico de coisas a prestação debitória, uma vez entendido que o objecto dos direitos de crédito (também chamados direitos de obrigação), vem a ser tal prestação e não a pessoa do devedor, ou ainda, como querem outros, o seu património, contra o qual, fundamentalmente, se dirige a acção do credor na hipótese de inadimplemento” (261).

Assim, como possíveis objectos de relações jurídicas eram indicados as pessoas (no poder paternal e no poder tutelar), as coisas corpóreas (nos direitos reais), certas coisas incorpóreas (os bens da personalidade e os bens imateriais),

de a pessoa do devedor constituir objecto da prestação debitória remonta ao direito romano com a figura denominada *manus iniectio*, a qual abrangia as faculdades, não se verificando designadamente o *se nexum dare*, de transformar o responsável em seu *alieni iuris* (geralmente escravo), de o vender como escravo *trans Tiberium* ou matá-lo e mesmo esquartejá-lo, *maxime* quando fossem vários os credores, no que se chamava *partis secanto* (Sebastião Cruz, *Direito Romano*, I, p. 188-96).

(262) Porém, negando que a própria pessoa pudesse constituir objecto de direitos, Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, p. 73 (“tais direitos [sobre a própria pessoa] para nós não existem nem podem existir. O seu conceito, embora consagrado nas concepções vulgares, julgamo-lo insustentável”).

(263) Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, I, p. 247 s. (“Pessoas. — Não há dúvida que os direitos podem recair sobre pessoas singulares, embora isto nos sistemas jurídicos modernos só possa ter lugar em casos assaz restritos, declarados na lei, a não se entender que o objecto imediato dos direitos de crédito é a própria pessoa do devedor. Exemplo frisante e incontestado[...] será o poder paternal. [...] E o que se diz do poder paternal vale para o poder tutelar [...]. *Coisas corpóreas*. — Inquestionável e inquestionado é também poderem os direitos subjectivos ter por objecto coisas corpóreas, ou seja, coisas em sentido físico. Estão, tipicamente, neste caso os direitos reais, *maxime* a propriedade que é o direito real por excelência (*plena in re potestas*). [...] *Certas coisas incorpóreas: os bens da personalidade e os bens imateriais*. — Bastante seguro nos parece ainda que o ponto não seja inteiramente líquido, poderem ser objecto de direitos subjectivos certas coisas incorpóreas — tomado agora o termo *coisas* no sentido de tudo aquilo que não é pessoa. Queremos reportar-nos por um lado aos chamados bens da personalidade, e por outro aos chamados bens imateriais. [...] *Direitos sobre a própria pessoa*. — [é] perfeitamente concebível que tal direito possa versar sobre a própria pessoa do mesmo titular, uma vez que o próprio poder ideal da vontade humana não se estende apenas ao mundo exterior,

constituindo pontos duvidosos, ainda que admitidos, os direitos sobre a própria pessoa ⁽²⁶²⁾ e os direitos sobre direitos ⁽²⁶³⁾. Portanto, as coisas, corpóreas ou incorpóreas, constituíam, apenas, um dos objectos possíveis da relação jurídica, juntamente com as pessoas (própria ou de outrem) e os direitos, só podendo “intervir alguma dúvida quanto a incluir-se no conceito jurídico de coisas a prestação debitória”.

Por seu turno, na categoria das coisas incorpóreas incluíam-se, por um lado, bens da personalidade, e, por outro, os bens imateriais. Ainda nas palavras do Prof. Manuel de Andrade: “Os primeiros, além de estarem numa íntima conexão com a esfera da personalidade dos seus titulares (primitivos), não têm qualquer valor patrimonial independente. É o caso do nome civil das pessoas, da firma dos comerciantes, etc. Os segundos, sem prejuízo de serem também estreitamente conexos com a personalidade dos respectivos titulares, não são, todavia — ou podem não ser —, destituídos de valor patrimonial autónomo. Assim sucede com determinados produtos espirituais ou criações do engenho humano, como sejam as obras literárias, científicas ou artísticas, as invenções industriais, que constituem objecto dos chamados direitos sobre bens imateriais ou direitos de autor (porque competem inicialmente ao autor da obra em questão) ou da chamada propriedade literária, artística ou científica” ⁽²⁶⁴⁾. Assim, a categoria das coisas incorpóreas abrangia segundo esta doutrina os bens da personalidade e os bens imateriais, como as obras literárias e artísticas.

Este grupo de coisas incorpóreas era mais ou menos pacífico, pois mesmo o Prof. Cabral de Moncada incluía nas coisas “os produtos da inteligência humana, os inventos científicos e industriais e as obras literárias, bem como as marcas registadas da indústria e os nomes comerciais”, sustentando que os direitos sobre estas coisas “não são meras manifestações da personalidade [...], nem ainda como os direitos à honra, ao nome e à própria imagem; e isto porque o objecto sobre que recaem — conquanto a inteligência, de que são o produto, seja um elemento da personalidade — todavia se destacou desta

mas abrange a própria pessoa do homem que é o sujeito dessa vontade. [...] Sobre as partes destacadas do próprio corpo (cabelos cortados, dentes tirados, membros amputados) tem o indivíduo um poder jurídico de disposição que consiste afinal num verdadeiro direito de propriedade. (em nota) [...] *Direitos sobre direitos*. — A nós quer-nos parecer que não há obstáculo conceitual à admissão da figura em questão. Nada vemos de irracional na ideia de um direito versando sobre outro direito”.

⁽²⁶⁴⁾ Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, I, p. 249.

⁽²⁶⁵⁾ Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, p. 75-6 (além disso, em certos casos,

de tal modo que pode ser considerado como um valor económico *a se* e independente. As concepções intelectuais são, com efeito, objecto possível duma utilização social que lhes confere a natureza de ‘bens económicos’, susceptíveis de apropriação individual” (265).

Deve-se, porém, ao Prof. Manuel de Andrade uma caracterização mais demorada da incorporeidade deste género de coisas, bem como a explicitação das traves mestras do instituto dos direitos de autor, em termos ainda hoje tão actuais quanto exemplares. Nas suas palavras, “o objecto de tais direitos é a respectiva *obra* na sua *forma ideal*, na sua concepção intelectual, e não a coisa ou as coisas materiais que constituem a sua *corporização ou encarnação exterior*, através das quais ela fez a sua aparição no mundo sensível. Os direitos que recaem sobre essas coisas materiais são vulgares direitos de propriedade, salva qualquer variante não essencial. Os que recaem sobre a obra como entidade ideal, como particular combinação de pensamentos ou impressões, é que revestem uma fisionomia específica, embora muito próxima, nos seus principais aspectos, da dos direitos reais sobre coisas corpóreas. A obra ideal constitui, pois, um *quid* independente das suas encarnações materiais. É um bem que a ordem jurídica provê da tutela que julgou adequada, mediante a concessão daqueles direitos. Estes resumem-se no poder de disposição exclusiva da mesma obra, facultado ao seu autor dentro de certos limites, só a ele competindo autorizar que a obra seja tornada pública (deixe de ser inédita) ou por qualquer modo seja reproduzida, executada (composição dramática), traduzida (obra literária ou científica), adaptada ou corrigida. Tal poder de disposição exclusiva manifesta-se, principalmente, através de prerrogativas que tendem a reservar para o autor a exploração económica da obra. Mas comporta ainda certas outras prerrogativas (faculdade de deixar inédita a obra; de impedir a sua publicação em nome de autor ou sob um falso nome; de obstar a que, uma vez publicada, seja ulteriormente reproduzida com modificações), inspiradas na ideia de salvaguardar a personalidade do autor enquanto reflectida na obra cuja paternidade intelectual lhe pertence” (266).

Com estas breves palavras exprimem-se, magistralmente, os princípios fundamentais do objecto, do sujeito e do conteúdo do direito de autor, que adiante retomaremos em face da actual legislação. Mas registre-se a elegância

parece admitir como coisa incorpórea o património enquanto “unidade abstracta” ou feixe de direitos emanados da actividade jurídico-patrimonial da pessoa, p. 80, 396).

(266) Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, I, p. 249.

(267) Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, I, p. 244.

e o rigor com que, na verdade, o Prof. Manuel de Andrade já então ensinava o direito de autor.

Interessa observar, por agora, que na vigência do Código de Seabra a noção legal de coisa não equivalia ao conceito de objecto da relação jurídica, sendo este mais amplo do que aquela. Entendia-se, com efeito, que o objecto da relação jurídica era constituído por “um certo bem — pessoal ou não pessoal, de natureza material ou de índole ideal” (267). Assim, na vigência do Código de Seabra, considerava a doutrina que as coisas poderiam ser corpóreas ou incorpóreas, abrangendo estas últimas bens da personalidade (por ex., o nome) e bens imateriais (por ex., obras literárias, invenções industriais).

Por seu turno, a noção de objecto de relações jurídicas seria mais ampla do que a noção de coisa, abrangendo também as pessoas (própria ou de outrem) e os direitos, só havendo alguma dúvida quanto às prestações debitórias. De todo o modo, as pessoas podiam constituir objecto de direitos, embora estas não fossem coisas, por não serem carecidas de personalidade jurídica.

5. Actualmente, a noção legal de coisa equivale ao conceito de objecto da relação jurídica. Mas, apesar de todas as críticas, não se julgue que esta noção legal está, de todo, doutrinariamente desacompanhada.

Na opinião dos Profs. Pires de Lima e Antunes Varela: “Tudo o que pode ser *objecto* de uma relação jurídica é uma *coisa*, seja ela corpórea ou incorpórea, seja mesmo um direito. [...] Haverá, entretanto, quem diga que a noção deste art. 202.º também peca ainda pelo facto de as relações jurídicas poderem ter por objecto, não apenas coisas, mas também *pessoas*, como sucede no poder paternal e no poder tutelar. / É, porém, muito duvidoso que essa concepção corresponda à melhor forma de transportar para o domínio do conceitualismo doutrinário o regime daqueles dois institutos” (268).

Refira-se, porém, que apesar de isso ser agora “muito duvidoso”, antes da adopção do “novo” Código Civil, os Profs. Pires de Lima e Antunes Varela sustentavam que: “A relação jurídica pode incidir sobre uma tríplice espécie de objectos: a) *pessoas* — como acontece nos poderes paternal[...]. b) *coisas corpóreas* — como acontece nos direitos reais de gozo[...]. c) *coisas incorpóreas* — como acontece nos direitos de crédito (direito sobre a actividade do devedor) e na propriedade intelectual. O objecto desta última relação é a obra na sua forma ideal, na sua concepção intelectual, e não as coisas materiais que

(268) Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, I, p. 129.

(269) Pires de Lima/Antunes Varela, *Noções Fundamentais*, I, p. 227.

(270) Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 100-1.

constituem a sua corporização exterior” (269). Servindo-nos de um silogismo elementar, diríamos que, se as pessoas podiam ser objecto de relações jurídicas e era coisa tudo o que pudesse ser objecto de relações jurídicas, então dificilmente seria “muito duvidoso” que as pessoas não fossem, conceitualmente, coisas.

Com efeito, se quisermos, actualmente, dar pleno conteúdo útil à noção legal de coisa e, ao mesmo tempo, sustentar que as pessoas podem ser objecto de direitos, então seríamos forçados a concluir que as pessoas poderiam ser, em determinadas situações, coisas. Esta conclusão é, todavia, insustentável. Como escreve o Prof. Orlando de Carvalho: “Por certo não se ignora que as pessoas constituem bens [...]. Também se sabe que os poderes em que se analisam os direitos sobre esses bens assumem o carácter de poderes directos e imediatos [...] Daí que se tenda a construí-los, quanto aos direitos de personalidade, como *jura in se ipsum* ou como aspectos de um *jus in se ipsum* (tomando a pessoa verdadeiramente como objecto) e, quanto aos direitos sobre a pessoa de outrem, como autênticos *jura in persona*. Simplesmente, se a pessoa pode ser assim objectivada, não pode ser, todavia, coisificada ou reificada, ao nível da consciência ético-jurídica moderna” (270).

A dignidade da pessoa humana, na qual assenta o Estado de Direito da República Portuguesa (art. 1.º CRP), não admite a sua coisificação, ainda que instituída legalmente no interesse da pessoa. Como nos diz o Prof. Orlando de Carvalho: “Para mim o homem, a pessoa humana, é uma aquisição histórica, desde a longínqua *persona* da máscara da tragédia até ao *Jedermann* de Hofmanstahl, passando pelo *Grande teatro do mundo*, de Calderon” (271). Na verdade, a pessoa humana, com a exigência de “*respeito incondicional da sua dignidade*” (272), constitui o “regulativo intencional” da juridicidade deste nosso tempo (273). Assim, a relação de direito “radica na pessoa, como algo de mais fundo e de anterior a essa relação” (274), pois que, dizendo-o com Paulo Mota Pinto: “O reconhecimento a todo o ser humano do valor de pessoa é hoje um verdadeiro postulado axiológico do jurídico, que não sofre contestação relevante, pelo menos ao nível das suas proclamações. A personalidade do Homem é para o Direito um *prius* [Orlando de Carvalho],

(271) Orlando de Carvalho, *Oração de Sapiência*, p. 14.

(272) Castanheira Neves, *Revolução*, p. 207.

(273) Bronze, *Apontamentos*, p. 526 s.

(274) Orlando de Carvalho, *Para uma teoria*, p. 96.

(275) P. Mota Pinto, BFD 1993, p. 479-80.

que deve ser reconhecido e tutelado pela ordem jurídica — pode mesmo dizer-se que o imperativo de respeito em todos os homens da sua dignidade de pessoa, através da atribuição de personalidade jurídica, resulta da consideração de um ‘conteúdo mínimo de direito natural’ (no sentido de Hart), ou integra uma ‘ideia de direito’ constitutivos do universo jurídico [Castanheira Neves]” (275).

Mas, para salvar a noção legal de coisa, sem chegar a tal aberrante resultado, será necessário recusar a doutrina dos direitos sobre pessoas, isto é, que as pessoas podem ser objecto de direitos? Mas como? Não é a pessoa objecto dos direitos de personalidade? Não é a pessoa do filho não emancipado objecto do poder paternal e do poder tutelar (276)? E qual é a alternativa? Coisificar a personalidade, distinguindo-a da pessoa? Defender que a personalidade é uma coisa incorpórea, por contraposição às coisas corpóreas? Não será mais correcto interpretar restritivamente a noção legal de coisa e admitir, ao mesmo tempo, os direitos sobre pessoas? Mas, também não será aceitável a coisificação de certos bens da personalidade, aliás, já admitida pela doutrina na vigência do Código de Seabra?

A figura dos direitos sobre pessoas está, profundamente, enraizada na doutrina, quer nos direitos sobre a própria pessoa, quer nos direitos sobre a pessoa de outrem. Diz-nos o Prof. Mota Pinto: “Estes direitos sobre outras pessoas, nos sistemas jurídicos modernos, têm um conteúdo especial, pois não são direitos subjectivos do tipo comum, mas antes *poderes deveres* ou *poderes funcionais*. Exemplos desta figura são os direitos integrados nos institutos do poder paternal (arts. 1878.º, 1881.º, 1886.º e 1887.º) e do poder tutelar (art. 1935.º), que estão ao serviço do interesse do próprio filho ou do pupilo. É indubitável que, nestes casos, a entidade, o «quid», sobre que incidem os poderes-deveres do pai ou do tutor (entre eles o poder de corrigir moderadamente o filho nas suas faltas), consiste na própria pessoa do filho ou do pupilo. O filho ou o pupilo estão sujeitos à «*potestas*» pátria ou tutelar. / Os direitos inseridos no poder paternal ou no poder tutelar não conferem qualquer domínio ou soberania sobre a pessoa do filho ou do pupilo no interesse dos pais ou do tutor. São direitos que conferem poderes destinados a habilitarem os pais ou o tutor ao cumprimento dos seus deveres com o

(276) O Prof Oliveira Ascensão dá ainda um outro exemplo de situações em que “quando alguém é condenado à prisão, há um direito sobre a pessoa”, interrogando-se se o mesmo se passa também no serviço militar (Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, II, p. 87, e em nota).

(277) Mota Pinto, *Teoria Geral*, p. 333-4.

filho ou o pupilo, podendo os titulares de tais direitos ser sancionados se não exercerem e não cumprirem os deveres ao serviço dos quais eles se encontram. / São, por isso *poderes-deveres* ou *poderes funcionais*, não havendo aqui qualquer ofensa à dignidade da pessoa humana. Daí que considerar esta construção (relações jurídicas tendo por objecto outras pessoas) inaceitável, por o homem só poder «fazer parte de uma relação jurídica conforme a sua condição de pessoa», é, a meu ver, uma confusão de juízos de valor com análises conceituais ou, pelo menos, retórica a mais e lógica a menos” (277).

Não obstante, contra a doutrina dos direitos sobre pessoas e a favor da noção legal de coisa, sustentar-se-ia a distinção entre pessoa e personalidade. Isto é, à pessoa estaria reservado o papel de sujeito da relação jurídica. Todavia, a sua personalidade poderia ser, em certos termos, coisificada, isto é, objecto de relações jurídicas. Nesse sentido dir-se-ia, salvando a noção legal de coisa, que a pessoa não é coisa, desde logo, porque não pode ser objecto de relações jurídicas, mas antes, apenas, sujeito.

Assim, nos direitos de personalidade a pessoa não seria o objecto destes direitos, mas antes, pelo contrário, ainda, o seu sujeito. O objecto destes direitos seria a personalidade da pessoa, não a pessoa em si mesma. Como diz o Prof. Cabral de Moncada, para que o direito subjectivo pudesse ter a pessoa por objecto “teríamos que distinguir no homem duas pessoas, uma delas sujeito e a outra objecto dos seus direitos de personalidade; ou ainda, teríamos que admitir que *sujeito* de tais direitos seria a pessoa na sua totalidade psíquica, e *objecto*, as suas diferentes posições e atitudes, o seu corpo, a sua vida, as suas faculdades mentais e sabe-se lá o que mais” (278).

Pelo que, segundo a noção legal de coisa, o direito “coisificaria” a personalidade da pessoa humana, atribuindo-lhe tutela geral, que se estende

(278) Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, p. 74 (interrogando, porém, se tal não será “levar longe de mais a abstracção jurídica”, com “consequências ilógicas” e, ainda, com “consequências imorais e anti-sociais”, e concluindo que “os chamados direitos de personalidade [...] não são verdadeiros direitos *na sua construção*”. — p. 75).

(279) Note-se, porém, que na perspectiva do Prof. Oliveira Ascensão, a personalidade cessa com a morte mas “a tutela do valor pessoal prolonga-se ainda depois da morte. Prolonga-se [...] no que respeita ao cadáver, pois este é tutelado como emanção da pessoa; também tem de se prolongar no que respeita ao espírito. / Mas já não podemos falar da tutela de direitos de personalidade. O bem jurídico em causa passou a ser a memória do falecido.” (Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, I, p. 132; defendendo a tese da tipicidade dos direitos de personalidade, escreve: “os direitos de personalidade, fora do que for exigido pelo seu conteúdo substancial, são típicos. Só há os que a lei consagrar”. — p. 123).

(280) No direito alemão sustentando um direito geral de personalidade de protecção

para além “da morte do respectivo titular” (art. 71.º, 1, CCiv) ⁽²⁷⁹⁾, regulando, ainda, certos direitos especiais (imagem, palavra, “privacidade”, etc. — sendo a personalidade das pessoas jurídicas *stricto sensu*, também, coisificada: v. art. 484.º CCiv ⁽²⁸⁰⁾). A “coisificação” da personalidade da pessoa traduzir-se-ia, ainda, na disponibilidade, em certos termos, destes direitos.

Com efeito, por argumento *a contrario*, dispõe o art. 81.º, 1, CCiv, que a nulidade da limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade depende da sua contrariedade aos princípios da ordem pública. Isso significa que o negócio jurídico que tenha direitos de personalidade por objecto não será, necessariamente, nulo por impossibilidade legal ou contrariedade legal do seu objecto; e também o não será, necessariamente, por contrariedade à ordem pública (art. 280.º, 1 e 2, CCiv). Acresce que o consentimento da pessoa exclui a ilicitude do acto lesivo dos seus direitos de personalidade na medida em que esse consentimento não seja contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes (art. 340.º, 1 e 2, CCiv). Por outro lado, entende-se, geralmente, que os negócios que têm por objecto a limitação consentida de direitos de personalidade não são, necessariamente, ofensivos aos bons costumes, nem prosseguem, de igual modo, um fim contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes ⁽²⁸¹⁾.

Donde resultaria, portanto, que a personalidade das pessoas humanas seria “coisificada” no regime dos direitos de personalidade, sendo objecto da relação jurídica que atribui à pessoa um direito de exigir *erga omnes* o cumprimento do dever geral de respeito imposto às outras, composto por prestações negativas e positivas. Essa “coisificação” operaria, ainda, em segundo grau, em termos de os direitos de personalidade poderem constituir, em certos termos, objecto de relações jurídico-negociais. Em ambos os casos, não seria afastada a noção legal de coisa.

Ademais, para além da doutrina dos direitos sobre a própria pessoa, também seria afastada a figura dos direitos sobre a pessoa de outrem. Com efeito, dir-se-ia que nas relações jurídicas em que são regulados os institutos do poder paternal e do poder tutelar não são instituídos direitos sobre a pessoa de outrem, nem isso resultaria, necessariamente, da doutrina dos

funcional das pessoas jurídicas não reconhecido pelo BVerfG, nem pelo entendimento dominante, Kau, *Persönlichkeitsschutz*, p. 9 s., 25 s., 91 s.

⁽²⁸¹⁾ Vide Orlando de Carvalho, *Teoria Geral*, p. 183 s.

⁽²⁸²⁾ Cfr. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral*, p. 77 s. (defendendo a figura dos *jura in persona*, escreve: “Foi esta possibilidade de o direito subjectivo — e, por conseguinte, o poder de autodeterminação — se dirigir virtualmente à satisfação de um interesse de

poderes-deveres ou poderes funcionais ⁽²⁸²⁾. Dir-se-ia, ainda que a doutrina dos direitos sobre a pessoa de outrem estaria prejudicada pela figura do *pater familias* no direito romano, e que, sob pena de ter que, em última análise, admitir-se o direito ao “cárcere privado” (v. art. 1887.º CCiv), não seria sustentável a figura dos direitos sobre a pessoa de outrem. E, todavia, considerar-se-ia, ainda, que o objecto desta relação jurídica seria uma coisa, segundo a definição legal. E essa coisa seria a personalidade dos filhos.

Por outras palavras, esta relação jurídica “coisificaria” a personalidade dos filhos não emancipados (v. porém, arts. 1880.º e 1881.º CCiv), impondo aos pais determinados deveres e poderes funcionalmente pré-ordenados à sua promoção. Vale isto por dizer que, sujeitos desta relação jurídico-familiar seriam, por um lado, os pais, e, por outro, os filhos não emancipados, cujo *licere* analisar-se-ia na atribuição aos primeiros de determinados poderes-deveres sobre a personalidade dos segundos. Assim, por exemplo, se, por um lado, “pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos” (art. 1886.º CCiv), já, por outro lado, não poderiam proibir os filhos de seguir, no seu íntimo, uma outra convicção religiosa. Estaria em causa, portanto, a distinção fundamental entre o foro interno da pessoa e o seu foro externo ou personalidade. Sendo que a personalidade da pessoa constituiria, em certos casos, objecto de relações jurídicas. Porém, a pessoa surgiria na relação jurídica sempre como sujeito: seja nos direitos de personalidade, seja no poder paternal e tutelar.

Nessa medida, a distinção entre pessoa-sujeito e personalidade-objecto permitiria utilizar, com propriedade, a noção legal de coisa. Tratar-se-ia, apenas, de um conceito, que, tal como o “conceito de direito sobre pessoas[,] nunca poderia, aliás, só por si, ofender a dignidade da pessoa humana. Visto

outrem que a lei (ou a vontade reconhecida pela lei) presume inserido ou inserível na esfera de interesses própria, que nos levou, logo no plano funcional, a falarmos de ‘gerir autonomamente a sua esfera de interesses’. Pois na esfera de interesses abrangem-se os interesses seus e os que se fazem seus — como naturalmente acontece entre o pai e o filho e legalmente se presume nas restantes situações.” — p. 83-4; adiante caracteriza os diversos direitos que têm pessoas como objecto: “Temos, antes de tudo, os *direitos de personalidade*, que são direitos da pessoa sobre si mesma (*jura in se ipsum*) [...]. Excepcionalmente, a lei admite direitos sobre pessoa de outrem (*jura in persona*) — no nosso sistema, só o direito dos pais à entrega do filho, no caso do art. 1887.º, extensivo ao tutor (relativamente ao pupilo) por força do art. 1935.º —, direitos que, além do seu carácter de poderes-funcionais, se caracterizam por essa incidência sobre pessoa alheia, convertida, para a sua própria defesa, momentaneamente em objecto de direitos.” — p.106-7).

⁽²⁸³⁾ Mota Pinto, *Teoria Geral*, p. 333, em nota.

que se trata de um conceito, é uma elaboração «a posteriori» a partir do ordenamento jurídico, só deste podendo resultar qualquer ofensa. Os conceitos só podem estar certos ou errados, consoante exprimem ou não com exactidão a realidade jurídica a que se reportam, mas não violam, directamente, quaisquer valores” (283).

6. Está fora do âmbito do nosso trabalho tomar partido sobre o problema de saber se as pessoas podem ou não ser objecto de direitos. Tratamos apenas de saber agora o que é coisa incorpórea para efeitos da propriedade intelectual. Aliás, a doutrina dos direitos sobre pessoas está fortemente enraizada. Sendo que, mediante a interpretação restritiva da noção legal de coisa, esta doutrina permite evitar o resultado aberrante da “coisificação” jurídica da pessoa. Além disso, evita a problemática delicada da distinção entre pessoa-sujeito e personalidade-objecto de direitos, que, aliás, dificilmente se poderia aceitar de um modo geral.

Cuidamos, apenas, de saber o que são coisas incorpóreas. E, ao que parece, do mesmo modo, nada obsta a que se considerem como tal todas as coisas não corpóreas que podem ser objecto de relações jurídicas, incluindo bens da personalidade, para além dos direitos e dos bens imateriais previstos e regulados nos regimes especiais da propriedade intelectual. Aliás, a doutrina tradicional admitiu já, em certos termos, juntamente com os direitos sobre as pessoas, a coisificação de bens da personalidade, considerando-os como coisas incorpóreas (284). Sem que, todavia, essa coisificação signifique que estes

(284) Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, I, p. 248-9; Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, II, p. 5. Em sentido próximo relativamente à natureza patrimonial da firma, v. Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, p. 118-9.

Admitir a caracterização jurídica de certos bens da personalidade como coisas não significa necessariamente sustentar que o direito de que são objecto consista num direito de propriedade. Trata-se, apenas, de, segundo um “*princípio de aproveitamento das leis*” (Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 426), sustentar que estes bens não apenas podem ser, como efectivamente são, objecto de relações jurídicas, constituindo, em razão da noção legal, coisas, por conseguinte. Saber se estes bens da personalidade que se consideram coisas incorpóreas podem ser objecto de um direito de propriedade já é mais complexo. Na verdade, em princípio, os bens da personalidade serão objecto do direito de personalidade e, como lapidarmente se afirma: “Das Persönlichkeitsrecht ist kein Herrschaftsrecht wie das Eigentum” (Baumach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, Allg., p. 103).

Há, todavia, uma corrente favorável à afirmação de um direito de propriedade sobre aspectos da personalidade. No sistema de *Common Law*, ao lado do chamado *right of privacy*, de natureza pessoal e intransmissível, afirmou-se a categoria do *right of publicity*,

bens sejam objecto de direitos de propriedade.

Vale isto por dizer que, em certos termos, será legítima a utilização da

isto é, “o direito exclusivo de controlar o aproveitamento do valor comercial das características da personalidade. Abrange a pretensão negativa de recusar aos outros a exploração não autorizada de características da identidade e a pretensão positiva de configurar a sua exploração por terceiros e de com eles realizar o seu valor de exploração associado. O Right of Publicity é um direito de propriedade transferível e, segundo o entendimento dominante, hereditável. [...] o Right of Publicity é ao mesmo tempo o equivalente antitético do Right of Privacy, porque ao contrário deste não é dirigido à protecção de interesses ideais, mas antes de interesses económicos”. (Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, p. 191, v. p. 188 233 s., e *passim*; sobre esta problemática, v. ainda, Gordon, Yale LJ 1993, p. 1533; Pinckaers, *From privacy toward a new intellectual property right in persona*, 1996).

Mesmo entre nós essa caracterização é sustentada para certos bens que se ligam a aspectos da personalidade, como sejam o direito à firma. O Prof. Coutinho de Abreu, retomando a posição de Cunha Gonçalves, pronuncia-se nesse sentido: “Por cá, penso que o mais razoável é ver as firmas e denominações como bens imateriais (coisas incorpóreas) passíveis de ser objecto de direitos reais, designadamente do *direito de propriedade*”; informando ser essa a “concepção dominante” em Itália (Ferrara, Cottino) e na França (Chavanne/Burst), e, ainda, que na Alemanha a doutrina actualmente dominante qualifica “o direito à firma como direito de natureza *mista*: não puro direito de personalidade, nem puro direito patrimonial mas sim direito conjugando ambas as feições.” (Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 158, 157, com referência, *inter alia*, a Capelle/Canaris e Baumach/Hefermehl, e aproximando Ferrer Correia e Oliveira Ascensão desta orientação). Ora, enquanto para esta última orientação está em causa, sobretudo, recusar o entendimento de que, por se ligar a um bem da personalidade, o direito à firma seria um puro direito de personalidade, já na primeira vai-se mais além e sustenta-se que a natureza deste bem não é pessoal, mas antes real, sustentando-se a tese da propriedade.

Seria descabido desenvolver aqui o tema. Acrescente-se, todavia, que a questão é importante por duas razões. Primeiro, porque permite compreender que mesmo em relação a certos bens ligados à personalidade, como o nome (que integra a firma), a doutrina não apenas admite a sua coisificação como, inclusivamente, propõe a qualificação deste direito como direito de propriedade. Segundo, porque mesmo que se recuse esta orientação sempre se concluirá que a natureza jurídica da firma aproxima-se, em certos termos, da do direito de autor. Como diz Canaris: “Ao contrário do normal direito ao nome das pessoas naturais o direito à firma não é um puro direito de personalidade, mas antes um direito misto (*Mischrecht*) que apresenta feições além de direito de personalidade também de direitos patrimoniais, em especial, direitos sobre bens imateriais. [...] Dogmaticamente encontra esta ordenação da firma um claro paralelo no direito de autor. Tal como a actual dominante teoria ‘monista’ deste apesar do seu carácter misto constitui um direito unitário, não se deveria também cindir o direito à firma num direito de personalidade ao nome (*Namenspersönlichkeitrecht*) e num direito ao nome bem imaterial (*Namensimmaterialeigentumrecht*), mas antes qualificá-lo como um direito unitário com diversos

noção legal de coisa, ainda que admitindo a restrição do seu alcance em casos excepcionais, como sejam o poder paternal e o poder tutelar. Na verdade, o *quid* desta relação jurídica é, tradicionalmente, identificado, sem excepção, com a pessoa do filho menor não emancipado (ou pupilo), estando fora do nosso propósito sustentar posição diversa. Por outro lado, a obra, enquanto objecto do direito de autor, constitui uma coisa incorpórea, a qual é também protegida como expressão da personalidade do criador, sustentando-se, mesmo, a qualificação dos direitos morais como direitos de personalidade. Assim sendo, a obra, enquanto coisa incorpórea, coisificará um bem da personalidade do autor.

7. Ora, decorre do exposto que, nos termos da lei, o conceito de coisa não se reduz à *res unita corporalis*, podendo ser objecto não apenas de relações jurídicas que regulam os direitos de propriedade. Acresce que, da qualificação legal dos “direitos de autor” e da “propriedade industrial” como direitos de propriedade intelectual, regulados em legislação especial, decorre que o objecto destes direitos consiste em coisas, que revestem natureza não corpórea, ou seja, incorpórea.

Por outro lado, se o conceito de coisa parece ser definitório do direito de propriedade, em termos de não existir propriedade se não houver coisa, já o inverso não será, necessariamente, válido. Isto é, há coisas que não constituem objecto de direitos de propriedade. Com efeito, em abstracto, e tendo em conta a doutrina do domínio público, as coisas são capazes de constituir objecto não apenas de direitos de propriedade — incluindo a propriedade intelectual —, mas também de outras relação jurídicas, mesmo que se encontrem de *per se*, fora do comércio, isto é, se não puderem ser objecto de direitos privados (ou seja, nomeadamente, se se encontrarem no domínio público, ou forem, pela sua natureza, insusceptíveis de apropriação).

Isto significa, ainda, que, segundo a ordenação sistemática do Código Civil, as coisas, que podem ser corpóreas ou não, são susceptíveis de constituir objecto de relações jurídicas, embora não tenham que ser, necessariamente,

componentes.” (Canaris, *Handelsrecht*, p. 157-8, com apoio, nomeadamente, em Hubmann, Ulmer e Baumbach/Hefermehl).

(285) Assim, por exemplo, parece que, nos termos da lei, certos bens da personalidade constituem objecto de relações jurídicas, podendo ser considerados coisas, de natureza incorpórea. E, todavia, esta coisa jurídica, apesar de estar no comércio — no sentido de ser objecto de direitos privados —, não será, porém, objecto do direito de propriedade. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as prestações e direitos, que serão legalmente coisas

objecto de direitos de propriedade ⁽²⁸⁵⁾, nem que tenham que ser, apenas, objecto destes direitos. Sendo que as coisas só serão objecto de direitos de propriedade nos casos previstos e regulados na lei, ou seja, os direitos de propriedade só incidirão sobre certas e determinadas coisas: as coisas corpóreas reguladas no Código Civil e certas coisas incorpóreas reguladas em legislação especial.

Em suma, o legislador, apesar de ter restringido o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil às coisas corpóreas, consagrou, porém, uma noção ampla de coisa, com ela querendo significar “tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas”, sem excluir a possibilidade de a mesma coisa ser objecto de diversas relações jurídicas. A noção de coisa corpórea é provida de operatividade funcional no *corpus iuris*, desde logo ao definir o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil. Sendo que: 1.º a noção legal de coisa abrange, também, as coisas incorpóreas, tradicionalmente reconhecidas pela doutrina; 2.º algumas destas coisas incorpóreas constituirão objecto da chamada propriedade intelectual.

§ 17. ANALOGIAS E NATUREZA DA COISA

1. Assim, a natureza corpórea da *res* parece ser definitiva do objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil. Sendo que o direito de propriedade aí regulado traduz-se num *ius excluendi omnes alios*, cujo *licere* engloba as faculdades de *utendi, fruendi e abutendi*, dentro dos limites da lei.

Não obstante, apesar de o legislador ter “aderido ao conceito de *res unita corporalis* da doutrina pandectística, que o BGB acolheu” ⁽²⁸⁶⁾ — tendo adoptado “o modelo pandectístico com uma *tranquillitas animi* um pouco surpreendente” ⁽²⁸⁷⁾ —, terá admitido, ao mesmo tempo “— apesar da declaração demasiado enfática do art. 1302.º —, outros casos de proprie-

(incorpóreas) na medida em que possam constituir objecto de relações jurídicas.

⁽²⁸⁶⁾ Ferrer Correia, ROA 1981, p. 24.

⁽²⁸⁷⁾ Orlando de Carvalho, *Para uma teoria*, p. 73.

⁽²⁸⁸⁾ Ferrer Correia, ROA 1981, p. 24. Note-se, porém, que esta afirmação tem um outro sentido, qual seja, para além de defender a tese da empresa como unidade jurídica e a atribuição de um direito subjectivo sobre ela pelas regras da concorrência desleal (v. Ferrer Correia, *Reivindicação do estabelecimento*), o de sustentar a propriedade da empresa (“se bem que aluda apenas aos casos *como tais* regulados em legislação especial, nada autoriza a concluir ter essa referência intenção limitativa, isto é, ter o legislador

dade, além da propriedade das coisas corpóreas”⁽²⁸⁸⁾. Nessa medida, poderíamos dizer que a propriedade intelectual designa dois grupos de casos de propriedade sobre coisas não corpóreas regulados na legislação especial relativa aos direitos de autor e à propriedade industrial.

Mas será rigoroso falar-se em propriedade intelectual? Na verdade, qual é o critério de apuramento dos casos de propriedade sobre coisas não corpóreas previstos nesta legislação especial? Os direitos de propriedade intelectual serão exclusivamente definidos na “legislação especial” respectiva, ou, pelo contrário, dependerá a sua existência de critérios previstos nas regras da “propriedade em geral”?

Por outras palavras, o reconhecimento de direitos de propriedade nos casos previstos na “legislação especial” dependerá da verificação dos elementos essenciais do direito de propriedade definido no Código Civil? Ou, pelo contrário, os direitos de propriedade intelectual serão definidos, caso a caso, no respectivo corpo normativo especial, constituindo um tipo autónomo? Em suma, dependerá

querido negar a qualificação de coisas sujeitas a *dominium* a quaisquer outros entes, como justamente a empresa ou estabelecimento comercial. O presumível é que o legislador não tenha curado disso, ficando assim o caso totalmente em aberto”. — p. 24-5). Esta posição está, aliás, em sintonia com o que escreve o Prof. Orlando de Carvalho: “Em matéria de patentes, de modelos industriais e de sinais distintivos, rege o Código da Propriedade Industrial [...]. Em matéria de obras de engenho, rege o Código do Direito de Autor [...]. Ambas estas matérias estão previstas no Código Civil, art. 1303.º, sob o designativo «propriedade intelectual», disposição que, de acordo com a tradição latina, reconhece os bens em jogo como objecto de uma autêntica propriedade (e, aliás, a nosso ver, com absoluta razão, parecendo-nos, nesse aspecto, inteiramente pertinente a crítica que Pires de Lima e Antunes Varela dirigem a Oliveira Ascensão [...]. O Código, porém, remete para legislação especial o regime jurídico desses dois pontos, só aplicando as suas normas a título subsidiário. Sobre o estabelecimento, que não é objecto de qualquer desses diplomas (salvo, marginalmente, do primeiro deles), não encontra também no Código Civil um regime que o regule como bem — a não ser em normas esporádicas [...]. Espera-se, decerto, pelo novo Código Comercial para esse efeito. Entretanto, o caso parece constituir uma lacuna legislativa, o que, dada a enorme importância do tema, não deixa de vir a ser uma situação muito anómala. Ver-se-á como isto obriga a uma reponderação do rigor do «corporalismo» do art. 1302.º, sem que, contudo, o conceito corpóreo de coisa, que se tomou, regressivamente, como modelo da nova regulamentação dos direitos reais, deixe de dificultar, e dificultar notavelmente, a inclusão que, de todo o modo, aí terá de fazer-se do bem que é o estabelecimento ou a empresa mercantil.” (Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 93-4, n. 121).

⁽²⁸⁹⁾ A natureza corpórea é definitiva do conceito de coisa que informa o Código Civil alemão (§ 90 BGB. “Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche

a existência destes direitos do tipo de propriedade regulado no Código Civil?

2. A resposta afirmativa a esta última pergunta afigura-se difícil de sustentar. Com efeito, o art. 1302.º CCiv dispõe expressamente: “Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código” (289). Dentro do conjunto de sentidos possíveis da letra da lei, sobressai o sentido natural nos termos do qual, o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil só pode ser constituído por coisas corpóreas. Isto é, pela negativa, são excluídas do objecto desta

Gegenstände.”). *Inter alia*, a luz, a energia eléctrica, os programas de computador e a empresa são exemplos de bens excluídos da noção de coisa, sustentando a doutrina que, nessa medida, não constituirão objecto das regras da propriedade ou da posse previstas no BGB (cfr. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 90, p. 57). Trata-se, portanto, de uma interpretação restritiva do § 90 BGB, o qual, literalmente, parece conferir um sentido ao conceito de coisa (corpórea) mais amplo do que o consagrado pelo nosso Código Civil, uma vez que, entre nós, a corporalidade da coisa informa apenas o objecto do direito de propriedade aí regulado, e já não todo o Código. O que poderá ser relevante na aplicação, nomeadamente, do regime de certos tipos contratuais legais a negócios tendo por objecto coisas incorpóreas.

(290) Se o termo “só”, ao invés de se encontrar no início, estivesse no meio da proposição (por ex.: “As coisas corpóreas só podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código.”), então seria sustentável, como vimos, que a letra da lei admitisse um outro sentido, nos termos do qual o legislador teria querido sujeitar as coisas corpóreas só ao direito de propriedade regulado no Código Civil, e já não aos direitos de propriedade regulados em regimes especiais; sendo que, nessa medida, o direito de propriedade regulado no Código Civil poderia ter, ainda, como objecto coisas não corpóreas. Todavia, mesmo que assim fosse — e não nos parece que este terceiro sentido seja admitido pelas palavras do legislador —, o problema ficaria, ainda, em aberto, uma vez que estar-se-ia a admitir a existência de outros direitos de propriedade, para além do direito de propriedade regulado no Código Civil, o qual não constituiria, necessariamente, por isso, o modelo ou padrão normativo daqueles.

Porém, a admissibilidade deste sentido permitiria excluir a natureza corpórea da coisa como elemento essencial do direito de propriedade regulado no Código Civil, o qual poderia ter, ainda, como objecto coisas de natureza diversa. Por outro lado, a nosso ver, a letra do art. 1302.º admite um outro sentido, nos termos do qual as coisas corpóreas podem constituir objecto de outras formas de domínio que não o direito de propriedade regulado no Código Civil: trata-se, desde logo, do domínio do Estado e de outras pessoas colectivas públicas, que se exerce independentemente da natureza corpórea ou incorpórea da coisa (v. art. 1304.º CCiv); além disso, por interpretação *a contrario*, admite a existência de coisas não corpóreas no *corpus iuris*.

(291) Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 76 (“É no intuito de abranger esses poderes [direitos exclusivos do autor sobre a obra intelectual] que a lei

propriedade as coisas não corpóreas, ou seja, incorpóreas (290).

Nessa medida, se a identificação dos direitos de propriedade intelectual dependesse do conceito de propriedade regulado no Código Civil, então aqueles pura e simplesmente não existiriam, em virtude do valor de *ratio essendi* que a natureza corpórea da coisa parece revestir na definição deste. Ou seja, se a natureza corpórea da coisa constituísse elemento essencial do conceito de direito de propriedade, então não existiriam direitos de propriedade intelectual pela simples razão de que o objecto destes direitos é constituído por coisas incorpóreas. E, todavia, como diz o Prof. Ferrer Correia, o legislador admite “outros casos de propriedade, além da propriedade das coisas corpóreas”.

Mas haverá identidade entre a propriedade regulada no Código Civil e a propriedade intelectual? Nas palavras dos Profs. Pires de Lima e Antunes Varela: “A «propriedade intelectual», que se encontra na epígrafe deste artigo, embora distinta da designação de «propriedade literária, artística e científica» [...], assim como a colocação desta disposição num capítulo relativo ao direito de propriedade em geral, são índices seguros de que se pretendeu resolver o problema, largamente discutido pela doutrina, da natureza jurídica dos direitos de autor. A lei considera-o como um direito de propriedade, mas um direito de propriedade que foge, no tocante ao seu objecto, aos princípios gerais que dominam este direito (cfr. art. 1302.º), e que, por esta razão, ao lado de outras, foi afastado do regime de propriedade contido no Código Civil, o qual lhe é apenas aplicável subsidiariamente. São muitas, de facto, as disposições relativas à propriedade, que não são aplicáveis à propriedade intelectual, ou que o são só com certas adaptações” (291).

3. Assim, *prima facie*, parece que os direitos de propriedade intelectual serão objecto de caracterização autónoma na “legislação especial” em que são regulados. Vale isto por dizer que estes direitos não serão idênticos ao direito de propriedade regulado no Código Civil. Mas isso não obstará a que possam ser, também, denominados direitos de propriedade. Primeiro, porque o legislador assim os baptizou e a razoabilidade do seu pensamento é de presumir

chama direitos de propriedade (propriedade intelectual) [...]. O problema está, portanto, resolvido por lei em manifesta oposição com a doutrina do Prof. Oliveira Ascensão”. — p. 77).

(292) Art. 9.º, 2 e 3, CCiv. Dizer isto não significa sustentar que ao intérprete esteja, necessariamente, vedado o recurso à interpretação correctiva quando a teleologia da norma, atentas as circunstâncias do caso concreto, assim o justifique; significa, apenas, que, em nosso entender, “na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o

segundo um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso, na letra da lei (292). Segundo, porque não está inscrito na “natureza

legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”, não podendo, para o efeito dessa presunção, “ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.” Estamos, portanto, ao nível da presunção do legislador razoável. E, fazendo nossas as palavras do Prof. Manuel de Andrade, “o intérprete há-de mover-se no âmbito das possíveis significações linguísticas do texto legal e tem de respeitar o sistema da lei, não lhe quebrando a harmonia, não lhe alterando ou rompendo a sua coerência interna. Só até onde chegue a tolerância do texto e a elasticidade do sistema é que o intérprete se pode resolver pela interpretação que dê um sentido mais justo e mais apropriado às exigências da vida; só dentre as várias acepções que a letra da lei comporte e o sistema não exclua é que o juiz pode escolher, valorando-as pelos critérios da recta justiça e da utilidade prática. [...] Teremos apenas o *quantum* de liberdade indispensável para que o direito legislado viva e cresça, porém, com regularidade, sem sobressaltos e desequilíbrios patológicos: teremos, assim, uma ordem dinâmica ou um dinamismo ordenado. [...] a lei deve ser entendida como se atrás dela estivesse, não a entidade *real histórica* — indivíduo ou pluralidade de indivíduos — que efectivamente a produziu, mas um certo legislador *abstracto, convencional* — um legislador *razoável*, quer na escolha da substância legal, quer na sua formulação técnica, que depois de a ter editado no tempo da publicação, a fosse mantendo de pé, e renovando, por assim dizer, a cada momento, em todo o período da sua vigência.” (Manuel de Andrade, *Ensaio*, p. 64, 69, 103-4).

Não obstante, a admissibilidade da interpretação correctiva é problemática. A fórmula legal parece excluí-la, pois os sentidos oferecidos pelo espírito da lei que não tenham na letra um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expressos, não poderão ser considerados pelo intérprete (art. 9.º, 2). Não obstante, o Prof. Baptista Machado aceita, em certos termos o resultado da interpretação correctiva, considerando a propósito do art. 9.º, 2, CCiv: “Pode ter de proceder-se a uma interpretação extensiva ou restritiva, ou até porventura a uma interpretação correctiva, se a fórmula verbal foi sumamente infeliz, a ponto de ter falhado completamente o alvo. Mas, ainda neste último caso, será necessário que do texto ‘falhado’ se colha pelo menos indirectamente uma alusão àquele sentido que o intérprete venha a acolher como resultado da interpretação. Afasta-se assim o exagero de um subjectivismo extremo que propende a abstrair por completo do texto legal quando, através de quaisquer elementos exteriores ao texto, descobre ou julga descobrir a vontade do legislador. Não significa isto que se não possa verificar a eventualidade de aparecerem textos de tal modo ambíguos que só o recurso a esses elementos externos nos habilite a retirar deles algum sentido. Mas, em tais hipóteses, este sentido só poderá valer se for ainda possível estabelecer alguma relação entre ele e o texto infeliz que se pretende interpretar.” (Baptista Machado, *Introdução ao Direito*, p. 189). Ou seja, nesta perspectiva admite-se a “interpretação correctiva”, se bem que o limite da correcção interpretativa seja ainda dado pelo “texto infeliz”. Isto é, parece exigir-se, ainda, um mínimo de correspondência

das coisas” que, como alguém disse, “direito de propriedade só há um, o das coisas corpóreas e mais nenhum”. E, mesmo que o estivesse, seria necessário

verbal, ainda que imperfeitamente expresso. Nessa medida, tratar-se-á de uma correcção interpretativa ainda vinculada ao texto legal pre-disposto, em termos de não admitir sentidos que não estejam contidos na letra da lei.

Mas, o problema põe-se verdadeiramente em relação à interpretação correctiva *praeter* ou, mesmo, *contra legem*, entendida esta como texto. E a admissibilidade deste resultado já é, na realidade, mais problemático. Agora não há um mínimo de correspondência verbal, trata-se de interpretação correctiva *proprio sensu*, cuja admissibilidade em face da lei portuguesa é contestada na doutrina. Com efeito, diz-nos o Prof. Oliveira Ascensão que: “Sob a epígrafe restrição a interpretação correctiva constava do art. 9.º do anteprojecto de Manuel de Andrade sobre *Fontes do Direito*: ‘É consentido restringir o preceito da lei quando, para casos especiais, ele levaria a consequências graves e imprevistas que certamente o legislador não teria querido sancionar’ (art. 9/V). Mas esse texto foi eliminado e não tem correspondente no Código Civil português. / Sendo assim, a interpretação correctiva é inadmissível na ordem jurídica portuguesa. [Todavia] se o sentido da fonte se revelar contrário ao Direito Natural, é o Direito Natural que deverá prevalecer, pois não há nenhuma segurança que mereça ser comparada com a negação dos princípios fundamentais da convivência social.” (Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 422-3). Por outras palavras, não se admitirá a interpretação correctiva, sob reserva, porém, de o sentido da fonte não ser contrário ao Direito Natural. Não obstante, é tão problemático que o intérprete deva obediência ao “cânone metodológico do legislador” como defender-se que possa “aplicar” *contra legem* um *Naturrecht* (v. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, p. 115 s.).

Não podemos desenvolver aqui esta questão, que, aliás, nos levaria para o problema da aplicação e do impacto das tecnologias informáticas no direito. A informática tem implicações metódicas e “meta-dogmáticas” que estão na ordem do dia. O computador é cada vez mais utilizado para assistir não apenas o autor que cria obras literárias e artísticas, mas também o juiz que decide controvérsias (v. Nagel, *Computer-Aided Law Decisions*, p. 667 s.). Mas mais do que auxiliar, o computador é já utilizado, no quadro da inteligência artificial e de sistemas peritos, como um substituto do homem em actividades “criativas”, nelas se incluindo a própria decisão judicativa, falando-se, a propósito, do “Dr. iur. Computer” (Bronze, *O jurista: pessoa ou androide?*, p. 78; sobre a informática jurídica e o problema do “computador juiz”, v. Castanheira Neves, *Método Jurídico*, p. 272; Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, p. 121 s.; Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, p. 105). Em causa está a interacção entre a informática e o direito como uma última ligação de uma longa cadeia de relações na dicotomia entre as ciências exactas e as ciências humanas, sendo que a história do pensamento jurídico flutua continuamente entre as “tendências formalísticas” favoráveis à utilização de métodos lógicos e matemáticos no domínio jurídico e as tendências que resistem à introdução da metodologia formal no direito: a informática jurídica surge no domínio do pensamento cibernético e, através de fases de desenvolvimento extremamente rápidos (*jurimetrics*, *juscybernetics*, informática documental, informática ‘decidente’, etc.), afirma-se com a inteligência artificial, alcançando resultados de alta tecnologia e sistemas peritos, e abrindo perspectivas de ficção de

provar que o intérprete deve menos obediência à lei do que à “natureza das coisas”.

autómatos jurídicos, consultores reais e juízes automatizados (Elmi, *Informatics and Philosophy of Law*, p. 701 s.; sobre os modos e possibilidades de aplicação da informática na decisão jurídica, v. Phillips, Cardozo LR 1991, p. 987, *Artificial Morality and Artificial Law*, p. 51 s., *Analogie und Computer*, p. 275 s., *Ein bißchen Fuzzy Logic für Juristen*, p. 219 s., *Tû-Tû 2. Von Rechtsbegriffen und neuronalen Netzen*, p. 179 s., *Vague Legal Concepts and Fuzzy Logic*, p. 37 s., *Von nervösen und phlegmatischen Rechtsbegriffen*, p. 192; v. ainda, Villar Palasí, RFDUCM 1986, p. 211; Hespanha/Sernadas, RJ 1990, p. 179; Alpa, DII 1996, p. 515; Jandach, *Juristische Expertensysteme*, 1993; Fernando Araújo, *Lógica jurídica e informática jurídica*, p. 7).

Ora, qual o futuro do “Direito Natural” num sistema jurídico informatizado? É verdade que a interpretação correctiva de Heck se fundava em razões de equidade. Mas qual será o valor da equidade para um juiz cibernético? Qual será a “sensibilidade” de uma máquina automatizada em relação às circunstâncias do caso concreto? E qual é a relação entre equidade e direito natural? Referindo-se à Ética a Nicómaco de Artistóteles, escreve o Prof. Oliveira Ascensão: “A decisão dos casos segundo a equidade foi de há muito comparada à utilização da régua lésbica. Esta, ao contrário das régua vulgares, que são rígidas, era maleável, permitindo a adaptação às faces irregulares dos objectos a medir. Também a norma é uma régua rígida, que abstrai das circunstâncias por ela não consideradas relevantes. Já a equidade é uma regra maleável. [...] A solução pela equidade é a solução de harmonia com circunstâncias do caso concreto, e não com quaisquer injunções, mesmo indirectas do sistema jurídico. A equidade [...] é a justiça do caso concreto. Adapta-se a este plenamente, porque plenamente valora as circunstâncias de cada ocorrência.” (Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 233, 441).

Mas, será esta a decisão segundo a equidade que o Código Civil apenas parece admitir em casos excepcionais (art. 4.º)? Isto é, fora desses casos, o intérprete estará sujeito ao imperativo *dura lex, sed lex*? Essa era a posição abertamente sustentada pelo Prof. Cabral de Moncada: “só muito prudentemente os nossos juízes podem recorrer à equidade”, pois que, “segundo o nosso direito positivo, o juiz não pode deixar de aplicar a norma, tal como ela é, sob o pretexto do *summum jus, summa injuria*, isto é de ela ser injusta para o caso corrente. Pelo contrário, o princípio oposto a este, o da *dura lex sed lex*, é que se impõe antes aos juízes em face do nosso direito positivo. Os juízes portugueses não são os pretores romanos, nem os juízes ingleses.” (Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, p. 40).

Ora, parece que, se se entender que a decisão segundo a equidade só é permitida nos casos previstos na lei, e, ao mesmo tempo, que o Direito Natural poderá prevalecer *contra legem*, então equidade e direito natural serão duas figuras distintas. O que, se poderá justificar a não aceitação da interpretação correctiva, uma vez que esta se funda em razões de equidade, já dificilmente poderá obstar a uma interpretação *ab-rogante* por contradição valorativa entre a norma e o suposto Direito Natural. Mas tudo isto afastar-nos-ia para muito longe do objecto desta dissertação, sendo descabido prosseguir aqui esta problemática (que, aliás, já abordámos, ligeiramente, no relatório “Equidade”, elaborado no âmbito do

Ademais, será, de todo, insustentável, neste nosso tempo, negar que essa “natureza das coisas” não está sujeita à historicidade. Essa “natureza das coisas” inspirar-se-á, porventura, na arqueologia da Escola Histórica do Direito, sistematizada pela pandectística germânica, resultando numa pré-compreensão da propriedade prejudicada pela natureza corpórea da *res*, que informa o respectivo conceito jurídico.

Contudo, da fonte legislativa foram lançados dados que, *grosso modo*, inverteram o “ônus da argumentação”. O legislador terá decidido atribuir, em certos casos, direitos especiais de propriedade sobre determinadas coisas. Sendo que a especialidade dos direitos de propriedade intelectual decorrerá da especial natureza das coisas sobre as quais incide: a sua imaterialidade ou incorporeidade. Ou seja, ao invés de as submeter ao formato tradicional da propriedade, o legislador instituiu regimes jurídicos *análogos à natureza das coisas* que, *ex novum*, regulou.

A propriedade intelectual constituirá, portanto, uma nova “série de tipos” de direitos de propriedade, cuja diferença e autonomia o legislador terá respeitado, não apenas em termos de ordenação sistemática, mas também no que respeita ao regime aplicável. Primeiro, dispôs que o direito de propriedade regulado no Código Civil só pode ter por objecto as coisas corpóreas. Segundo, regulou os direitos de propriedade intelectual em “legislação especial”. Terceiro, estatuiu que as disposições do Código Civil são subsidiariamente

AB VNO AD OMNES

Curso de Mestrado para a disciplina de Teoria do Direito, sob regência do Prof. Doutor Orlando de Carvalho, ano lectivo 1996/97).

⁽²⁹³⁾ Destas regras decorrerá, ainda, em termos de interconexão organizatória no *corpus iuris*, que os “direitos de autor” e a propriedade industrial parecem constituir “legislação especial” em face do Código Civil, encontrando-se, portanto, numa relação de especialidade. No direito germânico, a relação de especialidade entre o direito de autor e o direito civil é defendida na doutrina (v. Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, p. 5). O direito da propriedade intelectual constituirá direito (privado) especial face ao direito privado comum contido na lei civil, em termos semelhantes à relação entre o direito comercial e o direito civil (v. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, p. 31-32). O Prof. Oliveira Ascensão, embora entenda que a “relação entre Direito Civil e Direitos Privados é pois um relação de especialidade” uma vez que os “Direitos Privados especiais especializariam os princípios do Direito Comum para as situações particulares que contemplam”, considera que o “Direito de Autor não adapta, cria de novo”, não sendo por isso um direito privado especial, mas antes “direito comum, ou civil”, tendo “assegurada a sua autonomia como ramo do Direito Civil” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 29-30). Outra, porém, é a posição do Prof. Mota Pinto, sustentando que, juntamente com outros domínios jurídico-privados, o direito de autor não deverá considerar-se como ramo do direito privado autónomo, independente ou separado do direito civil, mas antes como

aplicáveis a estes direitos quando se harmonizem com a sua natureza e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido ⁽²⁹³⁾.

§ 18. UNIDADE E FRAGMENTARIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

1. Assim, em face do Código Civil, se se pretender sustentar a inexistência de propriedade nos direitos de autor e na “propriedade industrial”, ter-se-á, pois, o ónus da contra-argumentação, isto é, ter-se-á que elidir a presunção do legislador razoável. Porém, ainda que a procedência de uma interpretação ab-rogante pareça ser aqui insustentável ⁽²⁹⁴⁾, poder-se-ia, todavia, argumentar, por exemplo, que o art. 1302.º admite um outro sentido, nos termos do qual o direito de propriedade regulado no código, apesar de só ter por objecto coisas corpóreas, constitui o “prototipo” do direito de propriedade, contendo as características típicas do conteúdo deste direito, independentemente da natureza do seu objecto. Nessa medida, seria necessário analisar, caso a caso, os regimes da chamada propriedade intelectual, em ordem a apurar quais as situações que satisfazem, ou não, esses requisitos.

Por outras palavras, a natureza corpórea da coisa, embora fosse definitiva do direito de propriedade regulado no Código Civil, não constituiria elemento essencial do direito de propriedade em geral, uma vez que a lei admitira a pro-

parte do direito civil (Mota Pinto, *Teoria Geral*, p. 39-40).

⁽²⁹⁴⁾ A interpretação ab-rogante é um resultado, tradicionalmente, admitido pela doutrina, ainda que surja restrito a situações de contradição lógica. Nesse sentido, escreve o Prof. Oliveira Ascensão que: “Podemos chegar também à interpretação ab-rogante. Aí o intérprete não mata a regra, verifica que ela está morta — porque na realidade nenhum sentido alberga. Na conclusão do processo interpretativo, tem de concluir que há uma contradição insanável, donde não resulta nenhuma regra útil. [...] Limitando-nos pois às hipóteses de interpretação ab-rogante lógica [já não valorativa], devemos observar que não é requisito da interpretação ab-rogante a existência de uma pluralidade de disposições contraditórias [como, por exemplo,] quando a lei nova *remete para um regime que não existe*” (Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 426, 428). Todavia, considerando o que se disse em sede de interpretação correctiva, não parece, nesta orientação, que deva ser afastada a possibilidade de uma contradição valorativa da norma com o chamado “Direito Natural”.

⁽²⁹⁵⁾ Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 314-5.

⁽²⁹⁶⁾ Vide Castanheira Neves, *Método Jurídico*, p. 212 s., *Metodologia Jurídica*, p. 103 s.; Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 385, 433 s.

⁽²⁹⁷⁾ Pronunciando-se incondicionalmente no sentido da orientação objectivista,

priedade sobre coisas incorpóreas. Pelo que, em certos termos, poder-se-ia chegar a uma interpretação restritiva da terminologia propriedade intelectual, dela excluindo casos cujo direito atribuído na legislação especial dos direitos de autor e da propriedade industrial não contivesse os poderes típicos da propriedade consagrados no art. 1305.º do Código Civil.

Assim seria em razão da “unidade do sistema jurídico” (art. 9.º, 1, CCiv). Na verdade, os direitos de propriedade intelectual, não obstante serem admitidos, teriam que ser, antes de mais, direitos de propriedade. E, para o serem, teriam que corresponder à caracterização típica da propriedade, isto é, teriam que atribuir ao respectivo sujeito um direito oponível *erga omnes* de uso, fruição e disposição de uma coisa, corpórea ou incorpórea, ainda que dentro de limites legalmente prescritos.

Todavia, sentimos algumas dificuldades em seguir esta operação lógica, ainda que reconheçamos os seus méritos em termos de “unidade do sistema jurídico”. Com efeito, garantir-se-ia a estabilidade de um conceito unitário de direito de propriedade, aplicando-o, indistintamente, a todos os casos. A única variável dependente seria a natureza corpórea ou incorpórea do objecto. De resto, o conceito de propriedade seria unitário, dele excluindo situações atípicas de tutela de “interesses difusos”, isto é, os direitos cujo *licere* não integrasse todas as faculdades típicas do direito de propriedade, não se podendo falar em relação a eles senão de uma “quase-propriedade”. Porém, como dissemos, sentimos algumas dificuldades em acompanhar este método, uma vez que, a nosso ver, inverte, ainda, os termos do problema.

A via inversa significa a abertura e eventual fragmentaridade da noção de propriedade. Todavia, o pensamento jurídico aponta justamente o “carácter ‘aberto’ e fragmentário do sistema ‘interno’”, sustentando que o sistema interno “não é em si fechado, mas antes um sistema ‘aberto’ no sentido de que são possíveis as modificações quer na maneira do jogo de concordância dos princípios, do seu alcance e recíproca limitação, quer no encontro de novos princípios; seja com fundamento em alterações da legislação, seja com fundamento em novos conhecimentos da ciência jurídica ou modificações da jurisprudência” (295).

2. Seguindo as *leges artis* do método tradicional (296), que informa, em

Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 395 (“aderimos sem reservas à tese objectivista, como é orientação dominante”).

(298) Tendencialmente, a primeira será seguida pelas correntes inspiradas no

certos termos, o cânone metódico consagrado pelo legislador, a interpretação, que tem por objecto o texto legislativo, “não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo”. Isto é, o intérprete não deverá limitar-se a ser a “boca que pronuncia as palavras do legislador”, na célebre fórmula de Montesquieu. Nessa medida, utilizando a pauta dos elementos ou factores da interpretação devida a Savigny, diremos que, para além do elemento literal, deverão ser tidos em conta, não apenas o elemento sistemático, mas todos os elementos relativos ao espírito da lei. Serão esses elementos que, aliás, nos permitirão apurar se o conceito de propriedade é um conceito de interesse, que não de preceito, integrando, nessa medida, o sistema interno, socorrendo-nos, agora, da dicotomia operada pela Jurisprudência dos Interesses.

Assim, outros elementos da interpretação deverão ser considerados, como sejam o elemento histórico e o elemento teleológico, isto é, na fórmula legal, “as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada” (art. 9.º, 1, *in fine*, CCiv.). Por seu turno, a reconstrução do “pensamento legislativo” permitirá determinar, dentro do conjunto de sentidos compossibilitados — isto é, não excluídos — pela letra da lei, aquele que corresponderá à “vontade do legislador” ou ao “sentido

positivismo exegético francês, no culto do código civil napoleónico, enquanto a segunda será a orientação das correntes que perfilham a Jurisprudência dos Conceitos em homenagem ao sistema das *Pandectas* construído a partir das instituições culturais desveladas pela Escola Histórica da Direito no espírito do povo objectivado, *maxime*, nos textos de direito romano. Todavia, escola da exegese e jurisprudência dos conceitos fundem-se no Método Jurídico tradicional, concebendo o direito como algo pré-dado ou pré-objectivado (v. Castanheira Neves, *Questão-de-facto — Questão-de-direito*, p. 735 s.). A axiologia formal subjacente às suas *leges artis* traduz-se nos valores da igualdade e da certeza jurídicas, em respeito pelo princípio da separação de poderes em que assenta o Estado-de-Direito-de-Legalidade. A fonte de direito seria a lei, essa “instituição sublime” filha do contrato social celebrado entre homens iguais, livres e fraternos, como diria Rousseau, sendo formal, geral, abstracta e tendencialmente imutável. Nessa medida, caberia ao legislador a decisão legislativa criadora do direito e à jurisprudência reproduzi-la por via da aplicação silogística aos casos. Por seu turno, a doutrina teria uma função auxiliar de exegese e dogmática, através da exposição descritiva dos textos legais e da construção de um glossário conceitual capaz de dar unidade ao sistema jurídico, que se queria *more geometrico* e menos casuístico; sendo que nesses conceitos, pelo seu valor de *ratio essendi*, estariam inscritos os princípios jurídicos gerais que permitiriam a extensão lógica da chamada *analogia iuris*. (v. Castanheira Neves, *Lições*, p. 409 s., *Método Jurídico*, p. 236 s.).

(299) Embora já tenha dito alguma coisa, isto é, na interpretação extensiva o sentido

imane da norma”, consoante se perfilhe uma orientação subjectivista ou objectivista (297) quanto ao problema dos objectivos da interpretação (298).

Se esse sentido corresponder ao sentido natural da letra da lei, então a norma interpretar-se-á declarativamente. Caso contrário, interpretar-se-á, restritiva ou extensivamente, consoante o legislador tiver dito mais ou menos do que teria querido (299), respectivamente. Ou seja, o género previsto na hipótese da norma será definido em termos de serem excluídas ou admitidas espécies de casos que seriam, respectivamente, admitidas ou excluídas segundo o sentido natural da letra da lei. Admitir-se-á, ainda, a chamada interpretação enunciativa através de certos argumentos lógicos (por ex., *a pari*, *a fortiori*, *a minori ad maius* ou *a maiori ad minus*, *ad absurdum*, *a contrario*), e, ainda, em casos decerto extremos, a interpretação ab-rogante ou revogatória, quando a letra e o espírito forem, em certos termos, inconciliáveis (300).

3. Vejamos como poderão operar estas regras interpretativas no caso *sub legem*. Para começar, o art. 1302.º dispõe, literalmente, que: “Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código.” Dentro do conjunto de sentidos possíveis da letra da lei, destacar-se-á o seu sentido natural, nos termos do qual o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil só pode ser constituído pelas coisas corpóreas. Ou seja, serão excluídas do objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil as coisas não corpóreas. Sendo que o Código Civil regula o direito de propriedade quanto ao conteúdo no art. 1305.º: direito oponível *erga omnes* de uso, fruição e disposição da coisa, dentro dos

do “pensamento legislativo” ou do “espírito da lei”, deve corresponder, ainda, a um dos sentidos possíveis da letra da lei, ainda que não o sentido natural. Por outras palavras, o género previsto na hipótese da norma é configurado pelo espírito em termos de admitir espécies que seriam excluídas segundo o sentido natural da letra da lei. Nas palavras do Prof. Baptista Machado: “A letra (e enunciado linguístico) é, assim, o *ponto de partida*. Mas não só, pois exerce também a função de um *limite*, nos termos do art. 9.º, 2: não pode ser considerado como compreendido entre os sentidos possíveis da lei aquele pensamento legislativo (espírito, sentido) ‘que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso’” (Baptista Machado, *Introdução ao Direito*, p. 189).

(300) Vide Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, p. 107; Baptista Machado, *Introdução ao Direito*, p. 185 s.; Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 418 s.

(301) A utilização do argumento *a contrario* pode revelar-se problemática. No entender do Prof. Oliveira Ascensão, este argumento situa-se no domínio da interpretação enunciativa; sendo que, segundo o critério que propõe: “Só se pode fazer interpretação

limites da lei.

Depois, sob epígrafe “propriedade intelectual”, dispõe que os direitos de autor e a propriedade industrial estão sujeitos a legislação especial, aplicando-se-lhes as regras do Código Civil apenas subsidiariamente quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido (art. 1303.º, 1 e 2). Ou seja, literalmente, será previsto um tipo de direitos de propriedade, denominada intelectual, que não é regulada no Código Civil, mas antes em legislação especial, sendo-lhes aplicável as disposições do Código Civil apenas em certas condições.

Pelo que, discorrendo ainda, apenas, com base na letra da lei, poder-se-á dizer que a propriedade intelectual é regulada em legislação especial, quer quanto aos seus objectos — que de comum apresentam, por argumento *a contrario* ⁽³⁰¹⁾ do art. 1302.º, natureza incorpórea —, quer quanto ao seu conteúdo. Por outras palavras, a propriedade intelectual será prevista no Código Civil, embora não seja aí regulada.

Em terceiro lugar, o elemento sistemático (“a unidade do sistema jurídico”) apontará para a necessidade de mediar a interpretação dos termos propriedade

enunciativa, com base no argumento *a contrario*, quando a disposição em causa explicitamente consagrar o seu carácter excepcional”. (Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 457). A utilização do argumento *a contrario* como operação metódica controvertida é também destacada pelo Prof. Baptista Machado quando nos diz que se trata de “um argumento que deve ser usado com muita prudência. Por meio dele deduz-se de um *ius singulare*, isto é, da disciplina *excepcional* estabelecida para certo caso, um princípio-regra de sentido oposto para os casos não abrangidos pela norma excepcional”. (Baptista Machado, *Introdução ao Direito*, p. 187).

Assim, em obediência a este critério seria necessário apurar a natureza excepcional do art. 1303.º CCiv para daí poder inferir, *a contrario sensu*, a natureza incorpórea das coisas que constituem objecto dos direitos de propriedade intelectual. O que poderia ser dificultado, uma vez que a lei parece qualificar como especial a legislação que regula aqueles direitos. Mas então teríamos que voltar ao problema da coisa e sua incorporalidade. Surgiria aí a doutrina, que tradicionalmente reconhece as coisas incorpóreas, como fonte do direito (sobre o valor e sentido da doutrina como fonte de direito, v. Castanheira Neves, *Fontes do Direito*, p. 112-3; v., ainda, Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 307 s., 314 s., English, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 205 s., Larenz, *Metodologia*, p. 239 s., Canaris, *Pensamento sistemático*, p. 172). Actualmente, porém, a figura das coisas incorpóreas está expressamente consagrada na lei do direito de autor, pelo que essa lacuna linguística do legislador terá sido já, de algum modo, suprida.

⁽³⁰²⁾ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 74-5.

⁽³⁰³⁾ A redução teleológica é um resultado interpretativo que se situa no domínio da correcção do teor literal, através da exclusão de sentidos que, embora sejam formalmente

intelectual pelo conceito de direito de propriedade constante do art. 1305.º; norma esta que se encontra, ainda, na secção atinente às disposições gerais do capítulo relativo à propriedade em geral. Nessa medida, interpreta-se o art. 1302.º no sentido de não apenas as coisas corpóreas poderem ser objecto do direito de propriedade com o conteúdo regulado no Código Civil. Em harmonia, será necessário verificar, depois, quais os casos previstos na legislação especial dos “direitos de autor” e da propriedade industrial que poderão subsumir-se a esse conceito e os que serão meras situações atípicas de tutela de “interesses difusos”, constituindo, quando muito, formas de “quase-propriedade”.

Porém, em quarto lugar, deveremos atender ao elemento histórico, relacionando-o com o elemento teleológico, isto é, aos fins ou objectivos práticos da norma. Ou seja, será necessário atender, ainda, à *ratio legis* ou à *ratio legislatoris*, perguntando o que é que o legislador terá querido com as disposições dos arts. 1302.º e 1303.º, no ano anterior à assinatura da Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Ora, parece que a teleologia histórica da norma será susceptível de neutralizar a interpretação que o elemento sistemático parece implicar, correspondendo, antes, ao sentido natural da letra. Com efeito, perdoe-se o sabor subjectivista da expressão, parece que o legislador terá querido restringir o âmbito do direito de propriedade regulado no Código Civil, incluindo o seu conteúdo, às coisas corpóreas, remetendo, depois, para legislação especial a disciplina da propriedade de coisas incorpóreas, denominada unitariamente propriedade intelectual, embora contida em dois regimes autónomos — os “direitos de autor” e a “propriedade industrial” — em sintonia com o dualismo de oitocentos.

Nessa medida, será compreensível que tenha condicionado a aplicação das disposições do Código Civil aos direitos de propriedade intelectual à sua harmonização com a natureza daqueles direitos e à não contrariedade ao regime para eles especialmente estabelecido. Por outras palavras, ao invés de sujeitar as coisas incorpóreas ao formato do direito de propriedade corpórea, criou para elas um regime próprio, que denominou propriedade intelectual. Terá querido, nessa medida, distinguir o direito de propriedade regulado no Código Civil dos direitos de propriedade intelectual regulados em legislação especial.

Neste sentido aponta, como já referimos, a doutrina dos Profs. Pires de Lima e Antunes Varela: “O Código não define o direito de propriedade. [...] Definir, por outro lado, a propriedade pelo seu conteúdo, isto é, pelos poderes que a lei confere ao respectivo titular sobre a coisa, tal como o fizeram

os jurisconsultos romanos através do *jus utendi*, do *jus fruendi* e do *jus abutendi*, conduz a soluções que nem sempre são exactas, dada a *elasticidade* daquele direito e a função social que as leis modernas lhe atribuem [...]. É tal o poder de compressão e de expansão deste direito, que, não havendo nas legislações modernas senão um tipo de propriedade, esta pode revestir as mais diversas modalidades” (302).

Por último, refira-se ainda que, mesmo que se entendesse que o sentido apontado pelo elemento sistemático devia prevalecer, estar-se-ia, a nosso ver, perante um sentido excluído ou não permitido pela letra da lei, e, nessa medida, em face de uma interpretação correctiva do preceito. Sendo que, paradoxalmente, não estaríamos em face de uma redução teleológica (303), isto é, não estaríamos a delimitar o género da hipótese da norma, em termos dela excluir espécies que a letra parece abranger, em razão da teleologia do preceito, mas antes por força da “unidade do sistema jurídico”. Ou seja, para ressaltar a unidade de um conceito de propriedade configurado em torno da natureza das coisas corpóreas, conferindo-lhe operatividade funcional exclusiva no *corpus iuris*. Pois que, apesar de se admitir a assimilação pela propriedade de outras coisas susceptíveis de constituírem objecto de domínio — coisas incorpóreas —, as faculdades integrantes desse direito, ou os poderes desse domínio, continuariam a ser os mesmos.

AB VNO AD OMNES

admitidos pela letra da lei, revelam-se contrários à teleologia da norma (v. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, p. 186 s., referindo também a figura da extensão teleológica traçada pelo pensamento jurídico germânico — Larenz, Canaris —, com concretização jurisprudencial, em termos que o método tradicional remeteria para a categoria da analogia).

Note-se, porém, que esta operação metódica não goza de consenso na doutrina. Diz-nos o Prof. Oliveira Ascensão, referindo-se à redução teleológica, que: “O elemento teleológico é já um dos elementos da interpretação indispensável à fixação da *ratio legis*. Pela redução teleológica vai-se-lhe dar nova relevância em momento posterior, permitindo-se a restrição da própria norma, e já não apenas da formulação demasiado ampla. / Mas, se assim se distinguir da interpretação restritiva, a redução teleológica, ou cai na interpretação ab-rogante [...] pela via da contradição valorativa, ou na interpretação correctiva pela via da inadequação. Vemos com dificuldade a abertura de uma quarta categoria, que conflituaria com os quadros usados na nossa ordem jurídica. Pelo que nos abstermos de defender a sua introdução, enquanto nos não convenceremos de que o seu conteúdo não pode ser absorvido pelos esquemas correntes.” (Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 425).

(304) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 23 (“Na falta duma expressão simples, e porque usar sempre Direito de Autor e Direitos Conexos alonga demasiado, falaremos habitualmente em Direito de Autor para designar este ramo, que disciplina quer os direitos

Por isso dissemos que este método invertia, ainda, os termos do problema. Em nosso juízo, o legislador terá instituído os regimes especiais de propriedade intelectual em atenção menos a um conceito da propriedade corpórea do que à especial natureza das coisas que esses regimes se destinam regular. Aproximamo-nos, por conseguinte, na definição do termo propriedade, da doutrina dos Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, salvo todo o devido respeito pelas posições contrárias.

Note-se, todavia, que, a nosso ver, a formulação do teor literal do art. 1302.º parece admitir, ainda, um outro sentido, o qual diverge do anteriormente rebatido. Com efeito, parece a letra da lei admitir, ainda, que as coisas corpóreas poderão ser, também, objecto de direitos de propriedade regulados em legislação especial. Isto é, o direito de propriedade regulado no Código Civil só poderá ter por objecto coisas corpóreas. Não obstante, estas poderão, ainda, ser objecto de direitos de propriedade regulada em legislação especial. Ou seja, o direito de propriedade regulado no Código Civil não será, sequer, a única forma de domínio à qual as coisas corpóreas poderão estar sujeitas, uma vez considerada, por ex., a doutrina da propriedade pública, para a qual o art. 1304.º parece remeter (domínio do Estado e de outras pessoas colectivas públicas).

§ 19. ENQUADRAMENTO SISTEMÁTICO DOS DIREITOS CONEXOS

1. Temos utilizado a terminologia direito de autor ou “direitos de autor”. Essa é, aliás, a expressão consagrada, quer na Constituição, quer no Código Civil. E, de um modo geral, usa-se a expressão “direitos de autor” ou “Direito de Autor” ⁽³⁰⁴⁾ para designar, *brevis causa*, o direito de autor e os direitos conexos. Todavia, a omissão da referência aos direitos conexos nos textos da Constituição e do Código Civil suscita problemas de interpretação. Constituirão os direitos conexos uma forma de propriedade intelectual? Qual é a relação entre os direitos conexos e a liberdade de criação cultural?

Por um lado, compreende-se que o Código Civil não tenha consagrado a figura dos direitos conexos. Ao tempo da sua aprovação não eram estes

de autor quer os direitos a estes conexos”).

⁽³⁰⁵⁾ Cfr. Colombet, *Grands principes*, p. 177.

⁽³⁰⁶⁾ Rogério Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 74.

⁽³⁰⁷⁾ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição Anotada*, p. 246-7.

direitos atribuídos na ordem jurídica portuguesa. Tanto mais que Portugal não ratificara a Convenção de Roma (1961) sobre a protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. E, todavia, o diploma que aprovou o Código do Direito de Autor de 1966, pouco tempo antes do Código Civil, dava já conta destes direitos no preâmbulo (§ 9), ainda que pela negativa: “Quanto às alterações técnicas[...] respeitam essencialmente a sectores limítrofes do direito de autor. Este último é sobretudo o caso dos chamados «direitos vizinhos do direito de autor», que foram objecto de convenção internacional assinada em Roma em 26 de Outubro de 1961 e devem ficar reservados para diploma autónomo.”

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para o texto constitucional, no qual se mantém a redacção originária “direitos de autor”, mesmo após quatro revisões, três delas depois da aprovação do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Porém é hoje legítimo perguntar se estamos perante um caso de inércia legislativa em actualizar a letra da Constituição e do Código Civil ou, antes, perante um caso de lacuna voluntária quanto ao enquadramento sistemático dos direitos conexos.

De todo o modo, põe-se o problema de interpretar o silêncio do legislador quanto à ordenação da figura dos direitos conexos no *corpus iuris*, para além de serem “vizinhos” ou “afins” dos “direitos de autor”. Tratar-se-á de uma forma de propriedade intelectual inominada? Colherão fundamento na liberdade de criação cultural? Consistirão numa terceira via de direitos sobre bens imateriais, a meio caminho entre o direito de autor e a propriedade industrial?

2. Sob epígrafe “liberdade de criação cultural”, dispõe o art. 42.º, 2, CRP que “é livre a criação intelectual, artística e científica” (1.), compreendendo esta liberdade “o direito à invenção, produção e divulgação de obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor” (2.). Está este preceito constitucional, apesar da sua infeliz redacção, em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que reconhece a todos o “direito à protecção dos interesses materiais e morais correspondentes às produções cinematográficas, literárias ou artísticas de que são autores” (art. 27.º, 2).

Assim, a liberdade de criação cultural faz parte do catálogo dos direitos fundamentais, sendo inserida, desde logo, no capítulo relativo aos direitos, liberdades e garantias pessoais. Nessa medida, a “protecção legal dos direitos

(308) Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição Anotada*, p. 247.

de autor” colherá fundamento enquanto parte integrante da protecção de uma vertente fundamental da dignidade da pessoa humana, que é a liberdade de criação cultural. Por outras palavras, os direitos de autor integram os direitos fundamentais do homem ⁽³⁰⁵⁾.

Ora, as palavras “direitos de autor” do legislador constitucional — as quais, porventura, seriam mais apetecíveis, uma vez que o plural permitiria exprimir as duas vertentes do direito de autor, a patrimonial e a pessoal, embora com sacrifício da sua unidade genética —, não são concludentes quanto a saber se abrange, também, os direitos conexos. Nessa medida, não se afigura de todo irrazoável sustentar que os direitos conexos não serão providos da mesma dignidade constitucional que os “direitos de autor”.

Com efeito, a redacção originária deste preceito foi mantida após várias revisões do texto constitucional. E, se bem que aquando da adopção da Constituição os direitos conexos não fossem atribuídos pela ordem jurídica, a verdade é que o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos consagrou esta figura, a qual, todavia, não foi, depois, reconhecida pelo legislador constitucional em três actos de revisão supervenientes.

Por outro lado, esta referência, ainda que breve, ao texto da Constituição, permite compreender, desde já, que os “direitos de autor” tutelam interesses que obstam, *in limine*, à sua diluição numa pura lógica empresarial de mercado, apresentando, portanto, na sua matriz radical, uma dimensão, irredutivelmente, *extra commercium*. Por outras palavras, os “direitos de autor” são orientados por princípios que informam, constitucionalmente, o instituto, em termos de o fundamento de promoção da liberdade de criação cultural contrapor, *in extremis*, a protecção da “impressão digital” do seu demiurgo, isto é, do autor como pessoa humana, à mera tutela do investimento em “bens culturais [que] se transformaram em objectos dum ‘consumo de cultura’” ⁽³⁰⁶⁾, num cenário de concorrência mercantil.

Ora, os direitos conexos não são destinados a proteger bens gerados no exercício da liberdade de criação cultural como as obras tuteladas pelos direitos de autor, mas antes prestações artísticas e “prestações empresariais”, como sejam, por exemplo, as dos produtores de fonogramas e de filmes e dos organismos de radiodifusão. Todavia, isso não parece obstar a que se interprete extensivamente o art. 42.º, 2, CRP, no sentido de abranger aí os direitos conexos. Com efeito, a “protecção legal dos direitos de autor” é incluída na liberdade de criação cultural, no sentido de que colhe aí fundamento, embora

⁽³⁰⁹⁾ Entre nós, o Prof. Oliveira Ascensão, embora reconheça que “há uma certa

nisso não se esgote.

3. Mas, o que caracteriza a “liberdade de criação cultural” e em que termos se relaciona com ela a “protecção legal dos direitos de autor”? Nada melhor do que perguntar aos cultores do direito constitucional. Ora, nas palavras dos Profs. Gomes Canotilho e Vital Moreira: “A liberdade de criação cultural [...] é uma manifestação particular da liberdade de expressão do pensamento (art. 37.º). Todavia, a liberdade de criação intelectual, artística e científica pode exigir um *reforço* da protecção em relação à simples liberdade de manifestação do pensamento. [...] / A liberdade de criação cultural é aqui configurada, pela sua colocação sistemática e íntima conexão com a liberdade de consciência e com a liberdade de expressão, fundamentalmente como um *direito de defesa*, como direito à livre criação cultural sem impedimentos ou ingerências. Mas, ao lado desta dimensão negativa, a Constituição garante também uma dimensão positiva do *direito à criação cultural*, justificando a existência de imposições constitucionais dirigidas ao Estado (arts. 78.º, 2, e 81.º-*m*). Garantia especial da liberdade de criação cultural é a proibição de direcção estadual da cultura (cfr. art. 43.º, 2)” (307).

Assim, a liberdade de criação cultural encontra-se geneticamente ligada a uma dimensão fundamental da pessoa humana que é a liberdade de expressão e de pensamento, sendo porém protegida em termos reforçados em relação a esta última liberdade. Mas, como se enquadram aqui os direitos conexos? Será a prestação empresarial de um produtor manifestação de uma liberdade de criação cultural?

A resposta também nos é dada pelos Profs. Gomes Canotilho e Vital Moreira. Ainda nas suas palavras: “O n.º 2 conjugado com o n.º 1 torna mais clara a densificação semântica do conceito de «criação intelectual, artística e científica». Ela abrange: (a) o *processo de criação* ou conformação; (b) a *obra*, concebida como objectivação da criação cultural; (c) a *divulgação*, o conhecimento e a comunicação do «produto» da criação cultural. Estas dimensões justificam a extensão da garantia constitucional, quer à actividade cultural em si («invenção e produção»), quer à irradiação do produto cultural («divulgação»). / [...] A protecção dos direitos de autor (n.º 2, *in fine*) tem um duplo significado: (a) o produto da criação cultural (obra de arte, invenção científica) é considerado como «propriedade espiritual» do autor; (b) a liberdade de criação cultural protege, nas vestes de direito de comunicação fundamental,

osmose entre matérias da concorrência desleal e dos direitos privativos”, opõe-se à categoria

todas as formas de «mediação comunicativa» (livros, filmes, discos, etc.). Daqui não resulta imediatamente uma «valorização económica» e um direito à publicação do produto da criação cultural, mas é evidente que a sua utilização (para fins comerciais, industriais, publicitários, pedagógicos, etc.) cria um *valor económico* que cai também no âmbito de protecção do direito à criação cultural” (308).

Ora, em harmonia com esta doutrina parece sustentável que os direitos conexos sejam acolhidos, ao menos por interpretação extensiva, no preceito relativo à liberdade de criação cultural. Na verdade, a actividade exercida pelos sujeitos destes direitos situa-se na esfera da “irradiação do produto cultural”, justificando, nessa medida, a extensão da garantia constitucional, que abrange todas as formas de “mediação comunicativa”. Acresce que, criando a utilização do produto da criação cultural um valor económico que cai também no âmbito de protecção do direito à criação cultural, a actividade dos agentes protegidos pelos direitos conexos deverá considerar-se, em termos semelhantes, como parte integrante do âmbito de protecção do direito à criação cultural. Pois que, justamente, se traduz, em regra, numa utilização do produto da criação cultural criadora de valor económico.

4. Por outro lado, no Código Civil, como vimos, os “direitos de autor” são previstos como uma forma de propriedade intelectual sujeita a legislação especial (arts. 48.º, 1303.º). Assim, relacionando o texto constitucional com o Código Civil, poderemos dizer que a “protecção legal dos direitos de autor” traduzir-se-á na atribuição de uma forma especial de propriedade sobre criações culturais de pessoas humanas geradas no exercício daquela liberdade fundamental.

Acresce que a qualificação legal dos “direitos de autor”, juntamente com a propriedade industrial, como dois tipos de “propriedade intelectual” não será, necessariamente, precludida, como vimos, em virtude de o “objecto do direito de propriedade” ser definido em termos de só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, poderem ser objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil (art. 1302.º CCiv). Na verdade, o legislador terá aderido ao conceito de *res unita corporalis* para definir, apenas, o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil.

Todavia, ao mesmo tempo, terá admitido outras formas de propriedade, de que é expressão a “propriedade intelectual”, e não identificou, sequer, a noção de coisa com o objecto destes direitos. Sendo que, ao lado da categoria das

ampla, proposta por alguns autores (*v. g.*, Kohler, Tröller), do direito dos bens imateriais

coisas corpóreas, terá consagrado a figura das coisas incorpóreas, as quais poderão ser, de igual modo, objecto de direitos de propriedade em determinados casos. Nessa medida, será sustentável que, sob o *nomen* propriedade intelectual, o art. 1303.º CCiv designe casos de propriedade sobre coisas incorpóreas previstos e regulados em legislação especial. Sendo que estes casos estarão agrupados, *maxime*, em dois institutos típicos vertidos *sub specie codicis*.

Assim, por um lado, relativamente aos objectos dos direitos de autor, serão susceptíveis de constituir casos desta forma de propriedade intelectual as obras literárias e artísticas, uma vez que a lei refere expressamente os “direitos de autor”. Todavia, põe-se o problema: e as prestações dos artistas intérpretes e executantes, dos produtores de fonogramas e de filmes e dos organismos de radiodifusão, previstas no capítulo atinente aos direitos conexos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, para não falar de figuras afins aos direitos conexos (por ex., o direito do empresário de espectáculos públicos)? Serão também coisas incorpóreas objecto de direitos de propriedade intelectual?

Refira-se, por outro lado, relativamente aos objectos da propriedade industrial, que, em abstracto, parece que poderão constituir casos desta forma de propriedade intelectual, as patentes, os modelos de utilidade, os modelos e desenhos industriais, as marcas, as recompensas, o nome e insígnia de estabelecimento, os logotipos, as denominações de origem e as indicações geográficas, previstos e regulados no Código da Propriedade Industrial. De

AB VNO AD OMNES

ou das coisas incorpóreas, abrangendo a concorrência desleal, considerando-a uma “anomalia” por diversas razões. Primeira, o critério decisivo seria o de que “os direitos subjectivos distinguem-se pelo conteúdo, não pelo objecto”. Segunda, não haveria uma “comunidade de regime” que permitisse “o estabelecimento de princípios comuns” entre a propriedade industrial e o direito de autor. Terceira, poderia “ainda haver tipos de direitos intelectuais que não sejam, nem direitos de autor ou conexos, nem direitos industriais”. Quarta, a concorrência desleal deveria “ser retirada da Propriedade Industrial e integrada no direito da empresa”, uma vez que seria um “tipo complexo” não coincidente com a violação de um direito exclusivo, podendo haver concorrência desleal sem qualquer violação de direitos privativos, e *vice versa*, e podendo ainda um acto infringir simultaneamente um direito privativo e a proibição da concorrência desleal. Quinta, a concorrência desleal não tutelaria um direito subjectivo, uma vez que o “direito subjectivo tem um bem como objecto e aqui não se pode apontar o bem sobre que recairia”. Sexta, o conteúdo de um direito não poderia “ser só a pretensão à abstenção dirigida contra terceiros”, devendo ter um núcleo positivo. Por último, à concorrência desleal corresponderia, nos termos gerais, “um *interesse protegido*: a sua tutela é reflexo da tutela geral de um interesse público”. Pelo que, em suma: “Parece-nos pois que semelhante ramo unitário, fundado somente na comunidade de objecto, não tem justificação científica.” (Oliveira Ascensão, *Direito*

igual modo, será questionável se a tutela da concorrência desleal em relação a certos objectos (por ex., saber-fazer) não se traduz, também, na atribuição de direitos de propriedade intelectual⁽³⁰⁹⁾.

Por último, outros casos especiais de propriedade intelectual serão previstos e regulados em diplomas avulsos: as topografias de produtos semicondutores

Industrial, p. 8, 13-4, 16-8, 26, 45, 51, 74, 76, 364, 401).

Este entendimento seria posteriormente reafirmado, no sentido de que: “A índole desta disciplina diferencia-se profundamente da da atribuição de direitos de exclusivo. A sua fisionomia própria ficaria prejudicada com aquela unificação.[...] não há maneira de encontrar coisa incorpórea que esteja na base da concorrência desleal, e permita integrar este instituto num Direito das Coisas Incorpóreas. [...] A concorrência desleal regula a actividade das empresas, pelo que deve surgir no capítulo respectivo. Representa um pólo dinâmico, irreduzível à técnica de atribuição de situações jurídicas que caracteriza o direito industrial.” (Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p. 45, 48, 55). Refira-se, ainda que, na opinião do Prof. Oliveira Ascensão, a disciplina da concorrência desleal, não conhecida em países como o Reino Unido, não seria destinada a proteger direitos subjectivos, mas antes “situações de interesses difusos” previstas na 2.^a modalidade da ilicitude em sede de pressupostos de responsabilidade civil. Assim, seriam afastadas, *inter alia*, as teorias do direito à clientela, do direito de personalidade (Kohler) e do direito à empresa (Ferrer Correia, Orlando de Carvalho, Baumach, face ao § 823 BGB). De igual modo, não teria fundamento falar ainda de um “direito à lealdade da concorrência” (Ascarelli), pois que não existiria um poder de exigir a lealdade da concorrência. Nas suas palavras: “Não temos dúvidas em qualificar os operadores económicos como sujeitos de um dever genérico de comportamento leal no mercado. [...] O concorrente tem um interesse juridicamente protegido, mediante a imposição aos concorrentes do dever genérico de lealdade e o reconhecimento de meios próprios de tutela.” (Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p. 429, 452, 456-7, 467).

Não sendo nosso propósito contrapor a esta uma outra teoria, sempre diremos, todavia, que, a nosso ver, o regime da concorrência desleal é susceptível de se traduzir na outorga de direitos especiais, *maxime* em sede de “segredos de empresa”. Segredos esses que revestem especial importância no domínio da informática, sendo de destacar as informações que são obtidas mediante descompilação de programa de computador. Por outro lado, um outro problema que se põe neste domínio é saber se certas regras que se destinam, ao mesmo tempo, a promover a livre concorrência e a prevenir a sua deslealdade, no quadro de direitos intelectuais específicos, deverão ser integradas no regime dos actos de concorrência desleal, ao estilo de “exemplos” dispersos em legislação avulsa. Acresce que, a circunstância de serem indetectáveis direitos especiais neste âmbito não significa pôr em causa a autonomia da concorrência desleal em relação à propriedade industrial, como é orientação da nossa jurisprudência superior (v. Ac. SJT, 21-11-1951, BMJ n.º 22, p. 347).

⁽³¹⁰⁾ Larenz/Canaris, *Methodenlehre*, p. 298 s.

⁽³¹¹⁾ Vivant, *Les créations immatérielles*, p. 50.

⁽³¹²⁾ Sendo que a assimilação “não significa identificação” (Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, p. 177), uma vez que radica num juízo discursivo de matriz analógica

e os programas de computador. Casos estes que, apesar de, *prima facie*, parecerem constituir um *tertium genus*, serão, ainda, ordenáveis segundo o dualismo da referida “série de tipos” (“Typenreihen”) ⁽³¹⁰⁾ de objectos da propriedade intelectual. Como se escreve a propósito do regime dos programas de computador, trata-se “no fundo de um direito *sui generis* que não abona em seu nome e, a bem ver, mais perto da propriedade industrial [...] que da propriedade literária e artística” ⁽³¹¹⁾.

Não obstante a sua natureza híbrida — *et pour cause* —, a comparação entre os regimes jurídicos especiais de protecção destas duas tecnologias da informação e os das “criações culturais” codificadas, justificará a sua assimilação ⁽³¹²⁾ a grupos de casos, respectivamente, da propriedade industrial e dos “direitos de autor”. Assim será, não porque as formas de propriedade intelectual estejam taxativamente tipificadas no art. 1303.º, 1, CCiv, ao estilo de um *tertium non datur*, mas antes porque estes casos *ex codice* não apresentarão identidade e unidade suficientes para constituírem uma figura autónoma, um *tertium genus*, antes sendo, pelo contrário, derivados impróprios ou “anómalos” dos institutos tradicionais típicos, no quadro da propriedade intelectual. Embora isto implique o reconhecimento de que as novas tecnologias geram uma aproximação progressiva entre os dois institutos, não significa, porém, sustentar-se que tal conduza a uma diluição do direito de autor no quadro da propriedade intelectual em razão da natureza híbrida das

AB VNO AD OMNES

(v. Bronze, *A metodonomologia, passim*). Em termos muito breves, diga-se que a este entendimento, isto é, à tese segundo a qual, “a analogia, de expediente lógico apenas utilizável em sede de integração de lacunas [...] transformou[-se] num operador que sintetiza o *modus* discursivo que perpassa toda a problemática da racionalizada realização judicativa do direito, quer esta se processe pela mediação de critérios pré-objectivados no *corpus iuris*, ou nele objectiváveis [...], quer sem essa mediação[...]”, uma vez que “os pólos noeticamente irreduzíveis do discurso judicativo são a diferença e a semelhança [...] apuradas em referência ao *tertium comparationis* constituído pela deveniente normatividade vigente” (Bronze, BFD 1993, p. 197, 195, respectivamente), a este entendimento, dizíamos, correspondem recentes orientações do pensamento jurídico no horizonte do *Common Law* (Brewer, Harvard LR 1996, p. 926: “legal argument is often associated with its own distinct method, usually referred to as ‘reasoning (or argument) by analogy’; indeed, *if methafor is the dreamwork of language, then analogy is the brainstorm of jurists’-diction*” — *italico nosso*).

⁽³¹³⁾ Pinto Monteiro, *Contratos*, p. 27.

⁽³¹⁴⁾ A experiência de outros Estados-membros aponta claramente nesse sentido. Na Alemanha, a designação *sui generis* foi suprimida, sendo substituída pela expressão protecção do fabricante de bases de dados, a qual foi inserida na parte relativa aos direitos conexos

tecnologias da informação.

Além disso, mesmo em certas situações, em que a “rebeldia do caso concreto” (313) parece exigir, radicalmente, a construção de uma “terceira via” de propriedade intelectual, os cânones tradicionais serão, ainda, susceptíveis de adequação à novidade destes casos, ainda que se opte, em termos de técnica legislativa, pela adopção de diplomas especiais avulsos. Exemplos paradigmáticos destes casos serão, por um lado, a protecção jurídica do conteúdo de bases de dados e, por outro lado, a tutela de “obras” geradas por computador. Sendo que, relativamente ao direito *sui generis* instituído a nível comunitário para proteger os produtores de bases de dados contra actos de extracção e/ou reutilização do seu conteúdo (Directiva Bases de Dados, art. 7.º), tem predominado a entendimento que os equipara, em termos de inserção sistemática, aos direitos conexos (314).

Mas, qual é o enquadramento sistemático dos direitos conexos? Constituem um *tertium genus* de direitos de propriedade intelectual entre os “direitos de autor” e a propriedade industrial? Tratar-se-á de formas de promoção da lealdade da concorrência no mercado dos produtos culturais?

5. O legislador não está sujeito ao “*numerus clausus*” dos direitos de propriedade, sendo, nos termos permitidos pela Constituição, a *viva vox* da sua criação, *ad novum*. Pelo que, o género da propriedade intelectual não será taxativamente tipificado pelas espécies naturalmente previstas na letra do

do UrhG através, nomeadamente, do aditamento do capítulo 6 e dos §§ 87a-e; refira-se, ainda, que os termos extracção e reutilização, empregues pelo legislador comunitário, foram traduzidos por palavras do léxico dos direitos de autor, como sejam reprodução, distribuição e comunicação ao público (v. Art. 7 *Urheberrechtsgesetz*, in *IuKDG*). No Reino Unido, o direito *sui generis* dos produtores de bases de dados foi traduzido por “direito de base de dados” (*database right*), e qualificado como *property right*, tendo os termos extracção e re-utilização sido mantidos; de igual modo, este direito foi incorporado na lei dos direitos de autor (v. *The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997*, 18-12-1997). Em Espanha foi proposto o aditamento de um novo Título (VIII) ao Livro II do texto da Ley de Propiedad Intelectual, denominado “derecho *sui generis* sobre las bases de datos”, que mantém os termos comunitários extracção e reutilização (*Proyecto de Ley de Incorporacion al Derecho Español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de Marzo de 1996, sobre la Proteccion Juridica de las Bases de Datos*, 28 de octubre de 1997; sobre a transposição, v. Ley 5/98, 3-6-1998).

(315) Nos países de *Common Law* a figura da *intellectual property* foi mantida desde a origem, integrando os direitos de autor e os direitos de propriedade industrial (por ex., patentes, desenhos, marcas) — incluindo, em certos termos, os segredos de comércio —,

art. 1303.º CCiv, não sendo apenas constituído, portanto, pelos direitos de autor e pela propriedade industrial — ao estilo de um *tertium non datur*. À tese contrária deve responder-se: *quod erat demonstrandum*.

Na verdade, *de iure condito*, não há nada no pacto fundador da *polis* que proíba a instituição de outros regimes de propriedade intelectual com vista à promoção da “liberdade de criação cultural”, sendo satisfeitas, pelo contrário, como vimos, as exigências constitucionais do princípio da legalidade e da tipicidade com base no art. 42.º CRP. Acresce que, *de iure condendo*, não deve excluir-se a possibilidade de formação de um terceiro grupo de casos de propriedade intelectual, para além dos “direitos de autor” e da propriedade industrial. A “liberdade de criação cultural” integra, por excelência, o mínimo de *dignitas* da pessoa humana — na qual o Direito encontra o seu fundamento último neste nosso tempo —, fazendo, por isso, parte do catálogo dos direitos fundamentais. Porém, isso não significa que existam já casos *sub legem* que constituam um *tertium genus* ou que, pelo menos, esbocem os traços, com suficiente identidade e unidade, de uma figura autónoma *in faciendo* no quadro dogmático da propriedade intelectual, capaz de superar o dualismo tradicional de oitocentos.

Por outro lado, se a abertura sistemática da propriedade intelectual se opõe à inadmissibilidade da gestação de um *tertium genus* no seu seio, já a sua unidade funcional favorece a sustentabilidade da sua autonomização face aos institutos típicos que, tradicionalmente, lhe dão o *corpus*. Vale isto por dizer que a propriedade intelectual não se confunde com, nem resulta da mera adição dos princípios e das regras dos “direitos de autor” e da propriedade industrial, somando-lhes os regimes especiais que gravitam em torno dos respectivos Códigos.

Por outras palavras, ao utilizar a expressão propriedade intelectual, o legislador não está a remeter o intérprete, nem para uma colectânea de legislação desconexa e fragmentária, nem para dois direitos codificados com

e constitui objecto unitário de análise por parte dos AA. (v., por ex., Drone, *A Treatise on the Law of Property in Intellectual Productions*, 1879; Flint/Thorne/Williams, *Intellectual Property*, 1989; Stim, *Intellectual Property*, 1994; Coleman, *Intellectual Property Law*, 1994; Holyoak/Torremans, *Intellectual Property Law*, 1995; Spence, *Intellectual Property Law*, 1995; Cornish, *Intellectual Property*, 1996; Bainbridge, *Intellectual Property*, 1996; Hart/Fazzani, *Intellectual Property Law*, 1997; Merger/Menell/Lemley/Jorde, *Intellectual Property*, 1997). Em França, pouco mais de um século depois do Tratado de Pouillet (1879), o legislador unificou a propriedade literária e artística e os direitos de propriedade industrial através do *Code de la Propriété Intellectuelle* (1992), com apoio de influente

indexação de respectivos diplomas avulsos. Antes pelo contrário, o legislador consagrou, em termos relativamente pioneiros, uma categoria autónoma, com identidade e unidade suficientes para figurar a *se stante* no quadro dogmático do direito privado⁽³¹⁵⁾. Em termos sistemáticos, a especialidade desta figura justifica, desde logo, que lhes sejam subsidiariamente aplicáveis as disposições do Código Civil, “quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido” (art. 1303.º, 2, CCiv).

Ora, a especial natureza dos direitos de propriedade intelectual decorre, desde logo, da incorporalidade do seu objecto, uma vez que estas coisas não se confundem com o *corpus mechanicum* em que virtualmente se expõem. Pelo que, a especialidade do regime para eles estabelecido resulta dessa sua natureza imaterial. Constitui este, portanto, um elemento essencial, uma característica típica ou, se quisermos, uma referência da série dos direitos de propriedade intelectual.

Propõe-se, a propósito, a figura do “arquipélago” de direitos de propriedade intelectual, entendendo-se que “tal é bem o caso das propriedades intelectuais. Contra todos os integralismos [...], sustentamos que há, atravessando todas as propriedades intelectuais, elementos comuns e em larga medida uma filosofia comum que transcendem a diversidade técnica

doutrina (v., por ex., Vivant, *Les créations immatérielles*, 1997). Na Alemanha, porém, desde Kohler que a ideia de propriedade intelectual é preterida em favor de uma teoria dos direitos sobre os bens imateriais, de natureza próxima dos direitos reais, ainda que *sui generis* (Kohler, *Die Idee des geistigen Eigentums*, ArCP 1884), embora, constitucionalmente, sejam protegidos como direitos de propriedade (v. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 105; Schricke, in Schricke, *Urheberrecht*, Einl., p. 56; Hubmann/Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 79); apesar do “purismo dogmático” tradicional, fundado no conceito de coisa do BGB, assiste-se, actualmente, ao que parece, por força do impacto do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (“TRIPS”) a uma maior abertura à figura [v. Straus (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen*, 1996; Wadle, *Geistiges Eigentum*, 1996; Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, 1999]. Entre nós, a propriedade intelectual foi acolhida pelo legislador de 66, tendo sido então consagrada no “novo” Código Civil.

⁽³¹⁶⁾ Vivant, *Les créations immatérielles*, p. 23 (escrevendo, ainda, que “a maioria, senão a quase unanimidade, dos especialistas da matéria não hesitam em ver nestes direitos direitos de propriedade. E isto pela simples razão de que eles têm todos os seus traços.” — p. 15).

⁽³¹⁷⁾ Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, II, p. 71.

⁽³¹⁸⁾ Rogério Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 48. Neste contexto, defendendo uma nova concepção dos direitos de autor para tutelar os interesses dos

remetendo-a a não ser mais do que técnica. A adopção de um código da propriedade intelectual único em 1992 é simbolicamente a sua perfeita manifestação. Mas, bem mais profundamente, a questão é, então, que todas estas propriedades... respondam ao esquema da propriedade” (316).

Por outro lado, os direitos de propriedade intelectual são informados por uma específica intenção de justiça, que decorre do valor comunitário constitucionalmente consagrado no princípio da “liberdade de criação cultural”. Na verdade, os bens protegidos no quadro da propriedade intelectual revestem natureza imaterial, sendo relativos a “criações do espírito”, isto é, a frutos da “liberdade de criação cultural”. Ora, a propriedade intelectual tem por função essencial a promoção da ontogenia do espírito humano, ao nível da originalidade literária e artística, da novidade inventiva e, até, da capacidade distintiva empresarial, bem como, ainda, de prestações de outros agentes do processo económico relativo à criação cultural.

Nessa medida, parece-nos razoável sustentar a unidade dos direitos de propriedade intelectual com base na identidade comum, quer da natureza incorpórea do objecto, quer do fim de promoção da liberdade de criação cultural que os anima, entendida esta em sentido amplo. Apresenta-se esta proposta de arrumação sistemática dos direitos de propriedade intelectual, pois que, como diz o Prof. Cabral de Moncada: “A *construção* e a *sistematização* são [...] a parte mais científica da ciência do direito. A jurisprudência é talvez de todas as ciencias culturais a ciência construtiva e sistematizadora por excelência. Queremos dizer com isto que o mundo *ideal* das construções e das sistemáticas é o seu mundo predilecto, semelhantemente ao dos números, das grandezas e suas relações, para os matemáticos” (317).

6. Porém, importa referir, sob pena de a nossa proposição ter um sabor algo quixotesco, que a prossecução deste fim último faz-se no contexto de uma economia de mercado, que opera em termos de livre e leal concorrência empresarial e em respeito pelos direitos dos consumidores. Vale isto por dizer que os objectos dos direitos de propriedade intelectual são bens capazes de fruição económica no mercado, ou seja, são entes mercantis.

Pelo que o *licere* destes direitos será informado, também, por princípios atinentes à tutela da concorrência empresarial, não apenas ao nível da produção,

utilizadores, dos comerciantes e dos autores de obras, *vide* Patterson/Lindberg, *The Nature of Copyright*, p. 3 e *passim*.

(319) Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 483-4.

mas também da distribuição e, ainda, do consumo. Em especial no direito de autor será necessário ter em conta que o seu contexto actual é o que resulta da “extensão do consumo dum arte dessacralizada, que deixa de ser uma arte privilégio, esotéricamente reservada” (318).

Os direitos de propriedade intelectual terão por objecto bens de natureza imaterial, isto é, criações do espírito capazes de fruição económica mercantil, cuja protecção se justifica pela promoção da liberdade de criação cultural, operando num contexto económico de concorrência empresarial. Assim, promove-se a criação cultural, enquanto actividade geradora de bens mercantis, que são objecto de produção, distribuição e consumo. Nessa medida, parece-nos legítimo sustentar que as prestações dos titulares de direitos conexos também são protegidas, quer no seio da liberdade de criação cultural, quer no quadro dos direitos de propriedade intelectual.

Em suma, a expressão propriedade intelectual utiliza-se com o sentido amplo consagrado no art. 1303.º CCiv. Nesse sentido, e pondo de parte questões específicas como os “segredos de empresa” e a própria empresa como objecto de direitos, o quadro dos objectos da propriedade intelectual será, actualmente, constituído, *grosso modo*, pelos “direitos de autor” (obras literárias e artísticas), incluindo os direitos conexos (prestações artísticas e empresariais), e pela propriedade industrial (por ex., patentes, marcas, modelos de utilidade), aos quais se assimilam modernas criações do espírito *ex codice*, como sejam, respectivamente, os programas de computador e as topografias de produtos semicondutores.

Por outro lado, ainda que de gestação sustentável — quer de *lege data*, quer de *lege ferenda* —, nesse quadro não será, ainda, autonomizável, senão formalmente, um *tertium genus* de objectos de propriedade intelectual, como figura, *a se stante*, provida de identidade e unidade suficientes, uma vez que, mesmo os casos mais “rebeldes” de propriedade de coisas incorpóreas em vias de admissão *sub legem*, como sejam os conteúdos de bases de dados e as obras geradas por computador, afiguram-se capazes de acolhimento no seio dos direitos conexos. Isto significa, ainda, que a importância crescente desta figura justifica, a nosso ver, uma intervenção legislativa que reconheça e defina, expressamente, o enquadramento sistemático dos direitos conexos, *maxime* no texto constitucional.

(320) Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, II, p. 59.

(321) Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto.

§ 20. ALGUNS PROBLEMAS

1. Aqui chegados, urge todavia tecer algumas considerações reflexivas, lançando algumas perguntas quanto a este hipotético enquadramento sistemático sugerido pelo legislador, em ordem a aferir da sua sustentabilidade em termos exegéticos e dogmáticos. Permitimo-nos fazer este exercício reflexivo, uma vez que, nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão, “a ciência do direito não é só reprodutiva duma ordem dada, antes é chamada ela própria a elaborar os instrumentos que permitam como que completar o sistema — tarefa aliás infundável. [...] a Ciência do Direito é uma ciência prática. Os seus objectivos não são meramente de teor. Ela constroi, valora, especula, mas sempre para tornar possível, directa ou indirectamente, o momento final da solução do caso”⁽³¹⁹⁾.

A primeira pergunta questiona, directamente, a sua premissa maior: o direito de autor será um direito de propriedade, denominada intelectual? Será sustentável a utilização da expressão propriedade intelectual em sentido amplo, abrangendo determinados casos em que parece ser admitida, *sub legem*, a propriedade de incorporalidades? Serão esses casos, formalmente vertidos *sub specie codicis* ou em diplomas avulsos, agrupáveis no âmbito de dois institutos tradicionais típicos, os direitos de autor, incluindo os direitos conexos, e a propriedade industrial?

Em segundo lugar, relativamente à sua ordenação sistemática no *corpus iuris*, a propriedade intelectual constituirá um *modus* especial de *iura in re*? Especialidade essa que decorrerá da natureza imaterial dos bens que protege, em ordem à promoção da liberdade de criação cultural num contexto de concorrência empresarial, uma vez que são capazes de fruição económica mercantil? Na verdade, a referida proposta de arrumação sistemática é susceptível de se afigurar problemática.

2. Para começar, a afirmação segundo a qual a protecção dos direitos de autor integra a liberdade de criação cultural por via da atribuição de um direito de propriedade intelectual poderá ser algo *quod erat demonstrandum*. Isto é, poderemos apurar a natureza jurídica dos direitos de autor só por referência a um *nomen* legal? Não será necessário analisar, antes, o respectivo regime jurídico, em ordem a desvelar elementos que permitam sustentar um mínimo

⁽³²²⁾ Hoeren, *Multimedia*, p. 49. Como veremos, o tratamento dispensado aos

de analogia com a propriedade tradicional? Ou será que o conteúdo da propriedade definido no Código Civil não constitui o padrão dogmático de comparação, o garante da “unidade do sistema jurídico”? A especial natureza das coisas incorpóreas justificará a instituição de regimes de propriedade intelectual com conteúdos não correspondentes ao “tipo normativo” regulado no Código Civil? E, se assim for, tratar-se-á de um tipo autónomo de propriedade? Ou antes de uma série de “direitos intelectuais” caracterizados pela natureza incorpórea do objecto e pela sua ligação à liberdade de criação cultural, ainda que, impropriamente, denominados propriedade?

Depois, as mesmas considerações valerão, *mutatis mutandis*, para os direitos conexos ao direito de autor, com a agravante de estes não estarem, sequer, expressamente previstos na letra do art. 1303.º CCiv. De resto, fundamentar estes direitos conexos na liberdade de criação cultural poderá parecer abusivo, pelo menos em certos casos (*maxime*, para as entidades de radiodifusão e para os produtores de filmes e fonogramas, e de bases de dados), uma vez que as suas prestações não serão, directamente, susceptíveis de equiparação a “criações culturais” geradas no exercício desta liberdade. Sendo que, idênticas considerações valerão, também, para os objectos da propriedade industrial.

Com efeito, parecendo encontrar-se ao serviço do objectivo de política industrial de reforçar a “inovação industrial e tecnológica” (art. 103.º-*b*, CRP), a propriedade industrial destina-se, no essencial, a desempenhar “a função social de garantir a lealdade da concorrência pela atribuição de direitos privativos[...], bem como pela repressão da concorrência desleal” (art. 1.º CPI). Pelo que, só numa acepção ampla da liberdade de criação cultural seria possível colher, ainda, no seu seio, fundamento para esta forma de propriedade intelectual, que, no essencial, tutela instrumentos de concorrência empresarial.

Além disso, a validade das proposições avançadas estará dependente de um pressuposto dogmático, a saber: a susceptibilidade de estes bens imateriais poderem ser objecto de direitos de propriedade. Acresce que, bens incorpóreos há que, não obstante serem capazes de fruição económica na concorrência empresarial mercantil, enquanto tais, de *per se*, poderão não parecer ser coisas em sentido tradicional. Pense-se, por exemplo, no saber-fazer, nos bens da personalidade, como a imagem ou a palavra. Tratar-se-á de coisas, em especial de coisas incorpóreas? Poder-se-á falar de um direito de propriedade intelectual relativamente a “segredos de empresa”? E num direito de propriedade intelectual sobre dados pessoais?

Claro que a pressuposição dogmática de um conceito de propriedade

moldado em torno das coisas corpóreas prejudicará a susceptibilidade de assimilação por esta palavra de outras realidades normativas, mesmo contra a solução expressa do legislador. Será essa uma tese sustentável, em razão da “unidade do sistema jurídica”, embora com sacrifício da letra da lei. Ao lado da propriedade, reservada para as coisas corpóreas, sustentar-se-ia uma outra figura, qual seja a dos “direitos intelectuais”, também chamados “direitos de exclusivo” ou de “monopólio”.

Todavia, se procurarmos salvaguardar a presumida razoabilidade do legislador, seremos conduzidos a aceitar a figura da propriedade intelectual. Ademais, a doutrina tradicional da propriedade pública parece atingir a unidade que, de outro modo, se visaria conservar. Tanto mais que a propriedade pública teria por objecto não apenas coisas corpóreas, mas também coisas incorpóreas reguladas na legislação especial das formas de propriedade intelectual.

Sendo que, a via da propriedade intelectual, pese embora o seu carácter aparentemente pouco rigoroso em face do conceito dogmático “tradicional” de propriedade, sempre constituirá uma alternativa mais sustentável do que a afirmação de uma série disforme de direitos *sui generis*, para além de ter o mérito de salvar a razoabilidade do legislador.

3. Decorre do exposto que é necessário analisar os regimes da propriedade intelectual em ordem a colher argumentos que nos permitam clarificar as dúvidas suscitadas quanto ao enquadramento sistemático sugerido pelo legislador sob o *nomen* propriedade intelectual. Note-se, porém, que cuidamos, em primeira linha, do direito de autor e dos direitos conexos. Pelo que as referências ao regime da propriedade industrial serão limitadas à medida do estritamente necessário em termos de coerência da arrumação sistemática.

Por outro lado, em regra, as perguntas agora inventariadas nas considerações reflexivas foram já objecto de resposta. Todavia, entendemos que se trata de respostas provisórias ou parciais, que carecem de fundamentação adequada, a qual, como é sabido, extrai-se por análise do regime jurídico positivo.

Com efeito, como nos diz o Prof. Cabral de Moncada, o objecto da ciência jurídica “é exclusivamente o *direito positivo* [...]. Não há ciência possível de outro direito. Reina aqui para a ciência do direito, como condição da sua própria cientificidade, o mesmo *positivismo* — chamemos-lhe assim — que reina para todas as demais ciências, quer da natureza quer da cultura: o

direitos morais pelo legislador comunitário em sede de programas de computador e bases

não serem possíveis senão a partir dos factos e da experiência. Por outras palavras: o seu objecto tem de ser algo dotado de existência histórica, isto é, de *positividade*” (320).

Foi nosso propósito apenas dizer que, de acordo com a letra da lei, não apenas não é afastado como ainda é indiciado o reconhecimento da propriedade intelectual em direito de autor e direitos conexos. Trata-se, agora, portanto, de caracterizar, de acordo com o regime jurídico positivo, esta figura, seguindo os contornos que o legislador lhe imprimiu. Sendo que a decisão legislativa aponta, claramente, no sentido da autonomia da propriedade intelectual em relação aos direitos reais sobre coisas corpóreas regulados no Código Civil e em legislação avulsa, como o direito real de habitação periódica (321).

Aliás, a maior parte dos direitos reais regulados no Código Civil não se quadra nos regimes da propriedade intelectual. O que dizer neste contexto, por exemplo, de direitos como de habitação, de superfície ou de servidão de passagem? E quanto aos direitos de demarcação e de tapagem? O autor terá o direito de tapar a sua obra? O que dizer, ainda, relativamente a certas formas de aquisição de direitos reais, como a ocupação ou a acessão? E, todavia, como casos de especificação, são previstos a escrita, a pintura, o desenho, a fotografia, a impressão, a gravura e outros actos semelhantes, feitos com utilização de materiais alheios (art. 1338.º CCiv).

AB VNO AD OMNES

§ 21. FUNDAMENTOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

1. Sustentar a autonomia da figura da propriedade intelectual no quadro do direito privado é tarefa complexa que extravasaria o objecto central do nosso estudo, sendo nosso propósito tratar das relações entre informática e direito de autor. É verdade que, em diversos pontos, a informática parece exigir do direito de autor uma aproximação a outras formas de propriedade intelectual.

Mesmo no horizonte germânico há quem sustente que “a dicotomia entre ‘propriedade industrial’ e ‘propriedade intelectual’ começa a perder-se na

de dados, decorrente da sua protecção pelo direito de autor, constitui um exemplo claro de como a tecnologia informática aproxima os dois institutos (v., por ex., Franzoni/Sanctis, RDI 1994, p. 273 s.).

(323) Grosheide, *Paradigms in Copyright*, p. 299.

(324) Sebastião Cruz, *Direito Romano*, I, p. 14, 15.

(325) Hubmann/Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 20

era dos processadores de dados electrónicos [EDV]: o ‘direito industrial’ [*Gewerblicher Rechtsschutz*] e o direito de autor não estão mais em contraposição, mas antes confundem-se” (322). Não vamos tão longe, isto é, apesar de reconhecermos a tendencial superação do dualismo tradicional de oitocentos e de suportarmos a figura da propriedade intelectual consagrada pelo nosso legislador antes da instituição da própria OMPI, parece-nos, todavia, que confundir as duas figuras será excessivo.

Diríamos, *cum granum salis*, que “o direito de autor não difere acentuadamente de outras áreas do direito da propriedade intelectual: todas são, essencialmente, formas de direito da concorrência, ainda que com diferenças notáveis relativamente a conceitos e técnicas básicas e âmbitos de protecção oferecidos” (323). Poderemos até sustentar a propriedade intelectual como uma figura do direito das empresas. Em comum apresentarão estas formas jurídicas, desde logo, a atribuição de poderes negativos e positivos de exclusivo relativamente a determinados bens culturais — se convencionarmos aceitar utilizar o termo cultura em sentido amplo para designar tudo aquilo que é fruto do engenho humano. Sendo que tais poderes não se justificarão apenas por razões de eficiência económica, mas talvez porque esteja na natureza convencional das coisas um princípio elementar de justiça segundo o qual *suum cuique tribuere*, isto é, “atribuir [...] a cada um o que é seu [...] ‘atribuir’ algo ou propriedade ou posse ou propriedade e posse duma coisa” (324).

2. Historicamente, findos os privilégios, e em oposição à teoria do monopólio, firmou-se a teoria da propriedade intelectual. Na verdade, como escrevem Hubmann e Götting: “Com novos fundamentos a protecção jurídica das criações espirituais foi elaborada através da teoria do direito natural (*Naturrechtslehre*) e da filosofia das luzes (*Philosophie der Aufklärung*). O indivíduo, cuja força criadora e inventiva conduziu neste tempo a descobertas e novidades transformadoras nas ciências da natureza e da técnica, foi de ora avante colocado no lugar central. Junto dos inventores, filósofos e juristas firmou-se a convicção de uma propriedade natural (*natürlichen Eigentum*) sobre os produtos criados pelo espírito humano” (325).

A propriedade intelectual encontraria, assim, o seu fundamento na capacidade criadora e inventiva do engenho humano, afirmando-se,

(326) Hubmann/Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 20.

(327) Ana Leonor Pereira, *A institucionalidade contemporânea*, p. 175.

(328) Orlando de Carvalho, *Os direitos de personalidade de autor*, p. 541

verdadeiramente, no período do iluminismo como um direito natural relativamente às criações do espírito humano. Sendo que, nesses termos, “fundamenta já Galileu o seu requerimento à Signoria de Veneza de concessão de um privilégio para uma obra de bomba de água, de modo a que, não acontecesse por fim, ‘daß diese Erfindung, die mein Eigentum ist, die von mir großer Mühe und vielen Kosten gefunden wurde, einem jeden freigegeben wird.’ O filósofo inglês John Locke falou de que cada um tem uma propriedade sobre os objectos, que envolvam a sua prestação e algo de si próprio. Na teoria do direito natural, que veio no tempo do esclarecimento em flor, firmou-se a convicção de que o criador espiritual tem um direito natural ao produto do seu trabalho, que não deve ser concedido primeiro por graça principesca, mas antes ser como a propriedade das coisas (*Sacheigentum*) sem posteriores reconhecimentos” (326).

Parece um elementar princípio de justiça que a cada um sejam reservados os frutos do seu trabalho; princípio esse formulado pela máxima de que “a actividade laboral proporcionava o acesso ao valor do trabalho que era entendido como supremo *Bem* pela mentalidade industrialista. ‘O trabalho, pai da riqueza: o trabalho, o maior dos bens...’, escrevia Bentham” (327).

Ora, esta máxima do pensamento utilitarista anglo-saxónico não terá perdido a sua razão de ser, fundando-se no princípio do pensamento jusfilosófico de Locke, segundo o qual o trabalho, como exercício da liberdade, seria fundamento da propriedade. No domínio do direito de autor, a obra seria

(acrescentando, porém, cumpre referir: “que a obra nunca seja apenas objecto de um direito desses, mas também sempre de um direito de personalidade, de um *jus in se ipsum*, que visa proteger a obra enquanto emanção e expressão do espírito que a criou.”). Sobre a relação liberdade-propriedade em Locke, veja-se também Zília de Castro, *Do Jusnaturalismo ao Krausismo: A Questão da Propriedade*, p. 122.

Este título da apropriação dos bens fundado na energia laborativa ou actividade criativa é susceptível de gerar algumas questões controversas. Considera-se a propósito que “Locke levantou um problema de distribuição da propriedade que é praticamente insolúvel. [...] A maior parte do trabalho sobre frutos da natureza é cooperativo; e quanto mais uma economia se torna complexa, tanto mais difícil se torna discernir a contribuição relativa de diferentes tipos de trabalho e perícia na produção de um produto particular. Para além das operações do mercado, a avaliação relativa de *inputs* e *outputs* é tão complexa [que] somos levados inexoravelmente para uma visão da comunidade como uma única unidade produtiva, e do governo como o beneficiário inicial de toda esta produção, que é encarregado da tarefa difícil de distribuí-la de um modo justo.” (Kenneth Minogue, *The Concept of Property and Its Contemporary Significance*, 1980, p. 3, 20, *apud* Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1227, n. 325).

assim “objecto de um direito de propriedade autêntico — o mais autêntico dos direitos de propriedade (*pro+privus*—>*proprius*), pois o seu título é a actividade criadora, ou seja, a energia laborativa, que para Locke era o título número um da apropriação dos bens (e por isso mal se concebe a fobia antiproprietarista que existe em certas correntes da doutrina favoráveis à defesa dos direitos de autor e que assim embarcam num dos argumentos mais especiosos da doutrina anti-autoral: o de uma dignidade da obra incompatível com a reificação)” (328).

A aplicação do título da apropriação dos bens em razão da actividade criativa, relacionado com a concepção de liberdade de Locke, foi recentemente objecto de consideração no domínio do direito de autor. Observa-se, a propósito, que, “na medida em que se aceitar a premissa lockeana de que os indivíduos são independentes e auto-suficientes, poderá talvez ser mantido que um autor se arrogue os frutos do seu trabalho enquanto ele mantém a sua obra, fixada ou não fixada, para ele mesmo para seu uso próprio. Ele pode pensar sobre ela, recitá-la, sussurá-la, ou contemplá-la privadamente; talvez ele possa permitir a um círculo restrito de outros que a gozem e usem com ele. Mesmo que este ‘trabalho’ não remunerado não o tenha estritamente *intitulado*, o respeito pela sua liberdade forneceria um fundamento para o reconhecimento de um direito com um uso tão limitado. Na medida em que a autoria não o desviasse dos seus deveres, quer o esforço de criação quer o uso subsequente seria do domínio da conduta por respeito próprio. A lei do direito de autor está de acordo com esse entendimento, embora não absolutamente no seu tratamento de obras não publicadas. / Se o autor quiser trocar ou vender o seu livro a outros, o assunto fica de modo diferente. Tudo o que o distingue dos outros que querem utilizar a obra é que ele é o autor. Mas a sua autoria, só por si, não estabelece que o seu contributo foi trabalho pelo qual é intitulado a ser recompensado. Entre o autor e a sua audiência hipotética não existe qualquer autorização de todo o modo. Ele é apenas alguém que tem ‘alguma coisa para vender’; o mesmo sucede quer ele tenha adquirido a obra por cópia rígida, herança, ou sorte, e quer a outra parte, que tenha ‘alguma coisa para comprar’ seja motivada por necessidade, prazer, ou simples ganância. Na ausência de constrangimentos externamente impostos, o resultado é determinado não por considerações normativas de qualquer espécie mas pela força relativa das exigências das partes, que dependem por seu turno das

(329) Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1227, 1228-9.

(330) Cfr. Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1223, 1250 (o A. vai mais longe e chega ainda a apelar a uma intervenção legislativa no sentido de “disciplinar” a jurisprudência

suas opções disponíveis. Tudo o que pode ser dito à partida é que o resultado ficará aproximadamente numa área em que a maior parte dos outros estão dispostos a pagar pelo menos o que irá induzir o autor a preparar a obra e desfazer-se dela. [...] Em termos concretos, o argumento de que um autor tem uma propriedade ‘natural’ no direito de autor da sua criação depende de uma corrente de proposições distintas, embora relacionadas, que são independentemente plausíveis e ganham força adicional, mas são na realidade vulneráveis. O argumento de que copiar uma obra é um aspecto da liberdade do autor não vai mais longe do que a sua liberdade de fazer o original ou não; isso não dita a natureza do regime” (329).

Estas considerações são tecidas a partir do horizonte de *copyright*. Weinreb pretende demonstrar que a premissa de Locke, da propriedade como fruto da liberdade em actividades criativas, não seria normativamente relevante, uma vez que o direito de autor consistiria principalmente num exclusivo mercantil (monopólio) de restringir a disponibilidade de cópias de modo geral, nos termos prescritos pelo autor, sujeito apenas a um fim público prevalecente. Este poder seria atribuído pela lei do direito de autor, ao invés de derivar da liberdade de o autor criar ou não uma obra. Nessa medida, o direito de autor propriamente dito não seria um “direito natural”, mas antes um direito atribuído pela lei. A liberdade justificaria, portanto, o direito de criar ou não, e o direito de guardar a obra só para si ou de se separar dela. O direito de autor respeitaria essa liberdade, mas já não colheria nela fundamento no que respeita à circulação da obra, senão por força de convenção.

O Autor põe em causa os fundamentos tradicionais do direito de autor e, para além deste “direito natural” do autor (que pressupõe ser a perspectiva europeia), trata ainda da concepção deste direito como meio de promoção da produção e disseminação de obras de autoria (que seria a concepção instrumental consagrada na Constituição *estadunidense*). Ora, na sua opinião, também esta justificação seria em termos semelhantes dependente de uma convenção que visaria explicar (significa isto que, faltando a justificação, a convenção ficaria desprovida de sentido, ficando em aberto a procura de um outro fundamento, senão mesmo a subsistência do direito de autor, enquanto forma de propriedade).

Sendo que o Autor procura arredar a subsistência desta justificação mediante uma análise de casos relativos à protecção jurídica de programas de computador e de bases de dados. Conclui que, apesar de nestas

decisões (*Lotus v. Borland*; *Feist v. Rural Tel.*) ter sido negada protecção, os autores não teriam deixado de criar e a ciência não teria deixado de progredir, porque a justificação tradicional basear-se-ia numa convenção muito enraizada: a atribuição de uma propriedade em ordem a criar os incentivos necessários à promoção da ciência, nos termos do argumento instrumental.

Tudo junto, conclui ainda que, antes de mudar as convenções, deveriam ser alterados os critérios de decisão jurisprudencial. Com efeito, a razão de ser desta desprotecção seriam determinados princípios elaborados pela jurisprudência como a dicotomia ideia-expressão e factos-originalidade. Ora, na sua opinião, os tribunais deveriam respeitar a decisão legislativa de proteger os programas de computador e as bases de dados pelo direito de autor. Em especial, deveriam ter em conta que, ao contrário de escritos tradicionais que comunicam informação e em claro contraste com as obras de imaginação, como a ficção e a poesia, os programas de computador e as bases de dados seriam obras de natureza funcional, sendo o seu valor expressivo reduzido, porque absorvido pela sua inerente funcionalidade.

Assim, neste domínio, não se deveria excluir a protecção de funcionalidade, sob pena de os programas e as outras obras funcionais protegidas pelo direito de autor, não serem, na prática, protegidas, dada a sua natureza de obras funcionais. Nessa medida, qualquer coisa menos do que a cópia literal não deveria constituir infracção, o mesmo valendo para a cópia literal ou não literal de qualquer aspecto do programa que não fizesse só por si parte do código do programa ⁽³³⁰⁾.

3. A demorada análise desta proposta de abordagem recentemente apresentada, no sentido de conceder protecção pelo direito de autor à expressão

cionalidade e, agora, de não protecção de obras sem um mínimo de criatividade, continuasse a não respeitar o *telos* da decisão legislativa; além disso; refere ainda o princípio de *fair use* como um exemplo de “penumbra” terminológica legal — p. 1252-4). Para uma análise dos paradoxos do argumento instrumental, no sentido de que uma protecção mais forte dos direitos de autor não se traduz num maior grau de criatividade (antes pelo contrário), *vide* Posner, *Law and Literature*, p. 389 s.; por outro lado, em favor do instrumentalismo e contra uma compreensão proprietarista tradicional da propriedade intelectual, *vide* Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, p. 199 s.

⁽³³¹⁾ Orlando de Carvalho, *Para um paradigma interpretativo*, p. 91.

⁽³³²⁾ Pinto Monteiro, *Contratos*, p. 27.

⁽³³³⁾ Vivant, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, p. 418.

funcional em respeito pelas convenções, justifica-se por duas razões. Em primeiro lugar, porque suscita uma série de questões delicadas, em razão do apelo feito à disciplina legislativa dos modelos jurisprudenciais, incluindo a doutrina do *fair use*. Em causa está, desde logo, toda a problemática da descompilação de programas de computador e o imperativo de interoperabilidade global entre sistemas informáticos (equipamentos, programas, dados), que abordaremos mais adiante. Em segundo lugar, porque não deixa de ser interessante constatar que o país que “ditou” à escala global a adopção do direito de autor como forma de protecção dos programas de computador, se veja “a braços” com a sua própria jurisprudência.

Com efeito, esta jurisprudência desenvolvendo no ambiente digital fórmulas e testes de análise do material protegido por referência à dicotomia ideia-expressão, acaba por deixar de fora os aspectos funcionais dos programas, em termos que parecem recordar a célebre figura da “sabotagem interpretativa” ou de “legítima insubmissão [...] contra a norma pretensamente aplicanda” (331).

Além disso, é de referir que a análise considerada mostra-nos que o critério da originalidade, no sentido de criação intelectual, parece contrariar toda uma tradição de protecção do investimento, segundo um critério de recompensa, não pela criatividade ou originalidade, mas antes pelo mínimo de “suor na testa” segundo a premissa lockeana da apropriação individual dos bens resultantes do livre trabalho individual. Ao mesmo tempo, dá-se conta que valores pessoais — diríamos, “pessoalíssimos” — são reconhecidos como estando presentes no *copyright* logo ao nível do que podemos chamar o inédito, ou seja, reconhece-se mais ou menos abertamente a existência de um poder jurídico semelhante ao direito ao inédito.

Por último, esta breve referência de direito comparado permite-nos concluir que, justamente, assiste-se a uma aproximação entre figuras tradicionalmente distintas no quadro da propriedade intelectual, acentuando-se as relações recíprocas e a interpenetração entre essas figuras. Na verdade, o apelo à protecção da “expressão funcional” não é senão o reconhecimento da abertura do direito de autor a realidades que tradicionalmente lhe seriam estranhas, e que evidenciam a sua natureza marcadamente híbrida.

O que traduzir-se-á, afinal, em mais um contributo para a afirmação de um enquadramento unitário dos direitos de propriedade intelectual, ainda

(334) Neste sentido relativamente às regras da descompilação e às especiais medidas de protecção de programas de computador (apreensão de dispositivos de contornamento

que se reconheça que estes enquadramentos têm sempre o seu quê de “esteticismo geometrizar”, acabando por ceder em face da “rebeldia do caso concreto” (332), em razão do sentido de justiça que o acompanha num direito que se quer ao serviço da vida. Não obstante — *et pour cause* —, poderemos dizer que “uma abordagem, liberta de pressupostos, parece-nos impor-se, que apreenda o fenómeno da criação do espírito na sua unidade (técnica como artística, de qualidade como medíocre) e na sua diversidade (porque, o que quer que tenham dito os americanos *et, hélas*, depois deles, os Europeus, que qualificaram os programas de computador como obras literárias, existem algumas diferenças entre um romance de Thomas Mann e um programa de computador!). A questão está então em saber, para seguir Ihering, que interesses parece legítimo proteger e quando proteger este interesse aqui e aquele interesse acolá” (333).

4. Por outro lado, tudo isto mostra que tratar a relação entre informática e direito de autor sem compreender o quadro problemático da propriedade intelectual será uma visão demasiado restrita, que porventura não apreenderá o sentido que a evolução do direito de autor parece tomar, em virtude do seu processo de adaptação ao novo paradigma tecnológico. Exemplos disto mesmo serão os problemas da descompilação de programas de computador, da protecção do conteúdo de bases de dados, e da repressão do contornamento de dispositivos tecnológicos de protecção e identificação (aplicações criptográficas e estenográficas). À semelhança dos direitos conexos destinados a proteger prestações empresariais, são estes problemas resolvidos por via da concessão de direitos de natureza híbrida, que se aproximam, ao nível dos seus fundamentos, da figura da concorrência desleal, não sendo explicáveis apenas segundo a lógica tradicional do direito de autor (334).

Acresce que a caracterização da figura da propriedade intelectual visa apenas apurar a sustentabilidade da proposta comunitária em face da nossa tradição jurídica nacional. Essa proposta destina-se a adaptar aspectos do direito de autor e direitos conexos ao ambiente digital dos sistemas informáticos multimedia. Em causa está a assimilação por um instituto tradicional de um novo paradigma tecnológico. Não obstante, propõe-se, ainda, a sua concepção

de sistemas técnicos de protecção), v. Lehmann, *Richtlinie*, p. 19-24.

(335) Cfr. Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 193 s.

(336) Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 30 (de igual modo, Rebello, *Introdução*, p. 57: “o Direito de Autor se constitui numa categoria autónoma do direito

como propriedade intelectual, considerando-a como fazendo parte do direito de propriedade.

Da análise feita até ao momento resulta que, apesar das divergências na doutrina, a nossa lei consagra a figura da propriedade intelectual. Pelo que a proposta comunitária terá algumas bases de acolhimento entre nós. Todavia, mesmo aceitando a figura da propriedade intelectual, é problemático que, entre nós, se possa falar em direito de propriedade, ao invés de em direitos de propriedade. Pelo que já se afigurará problemática a parte final da proposta comunitária.

§ 22. EMPRESA E DIREITO DE AUTOR

1. Por outro lado, incide o nosso estudo sobre direito de autor e direitos conexos, instituto que constitui, tradicionalmente, objecto de estudo nas ciências jurídico-civilísticas, seja como “geminção” de direitos de personalidade e de direitos reais ⁽³³⁵⁾, seja como ramo autónomo do direito civil ⁽³³⁶⁾. Isso não obsta, porém, a que o instituto seja trabalhado numa perspectiva jurídico-empresarial no quadro do direito privado. Aliás, está hoje bem identificada a presença das empresas no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos ⁽³³⁷⁾, podendo falar-se mesmo da disseminação de uma determinada “lógica empresarial” — socorrendo-nos da expressão do Prof. Orlando de Carvalho — no *corpus normativo* do instituto.

Daremos especial atenção ao regime jurídico de protecção de programas de computador, bases de dados electrónicas e produções multimedia geradas no ventre da tecnologia digital e acolhidas no seio do direito de autor. Este estudo deixará poucas dúvidas quanto ao carácter empresarial que o instituto “adquiriu” no seu processo de adaptação ao novo paradigma tecnológico.

Acresce que, estudar o direito de autor e os direitos conexos no âmbito das ciências jurídico-empresariais, em virtude do fenómeno que o Prof. Oliveira Ascensão denomina por “apropriação do direito de autor pela empresa”, será hoje não apenas uma possibilidade mas, mesmo, uma necessidade, desde logo

civil”).

⁽³³⁷⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 16-7 (“os objectivos empresariais do Direito de Autor [são] cada vez mais nítidos [...] Essas leis protegem afinal interesses empresariais”).

⁽³³⁸⁾ Oliveira Ascensão, *O direito de autor como direito da cultura*, p. 1053, 1055.

⁽³³⁹⁾ Oliveira Ascensão, *O direito de autor como direito da cultura*, p. 1053-6 (para

para compreender o sentido e limites dos termos da relação entre empresa e direitos de autor. Dando a palavra ao Prof. Oliveira Ascensão: “Hoje, porém, é necessário parar e reconsiderar o tema desde a raiz. Há que ter a coragem de reconhecer que o Direito de Autor já não é o direito da criação cultural. [...] Podemos dizer que assistimos hoje à apropriação do direito de autor pela empresa. O autor está sendo eclipsado, quando não expropriado, por esta entidade absorvente. Está-o pelas entidades de gestão colectiva [...] pelas grandes empresas de *copyright*. [...] O que há de característico nesta evolução é que a tutela dessas empresas continua a rotular-se como tutela do autor” (338).

Para ilustrar este processo de “apropriação do direito de autor pela empresa”, o Prof. Oliveira Ascensão oferece vários exemplos: o não reconhecimento de direitos morais de autor no sistema de *copyright* dos Estados Unidos da América, apesar da sua adesão à Convenção de Berna, a atribuição do *copyright* ao produtor de obra cinematográfica, a “prevalência das motivações patrimoniais sobre as pessoais [nas] convenções internacionais sobre a matéria”, a “intensa produção comunitária já conseguida [que] favorece as empresas [...] de *copyright*”, a natureza “exclusivamente comercial” da “disciplina obtida no âmbito do GATT” com o acordo sobre aspectos da propriedade intelectual relacionados com o comércio, a “caça às excepções”, a tutela pelo direito de autor de programas de computador e, ainda, na lei inglesa de 1988, de obras criadas por computador, em termos de, como refere, poder hoje falar-se do paradigma emergente do “direito de autor sem autor” (339).

superar este *status quo* e evitar a submersão do direito de autor “pela teia de interesses empresariais” conducente à sua qualificação futura “como num direito dos privilégios das empresas de *copyright*”, o Prof. Oliveira Ascensão propõe que o direito de autor seja perspectivado como um direito da cultura, isto é, centrado na criação cultural, acolhendo, nessa medida, uma pluralidade de interesses: o *interesse geral* de promoção do desenvolvimento cultural, o *interesse dos consumidores* de bens intelectuais, o *interesse empresarial proprio sensu* enquanto “infra-estrutura de desenvolvimento cultural” (ao invés de “atribuir protecção ao empresário travestindo-o de autor”), os *interesses das entidades de gestão colectiva* que também são empresas, os *interesses dos prestadores de actividades culturais* (as prestações artísticas e as prestações empresariais protegidas pelos direitos conexos), o *interesse do criador intelectual* enquanto autor *proprio sensu* — p. 1056-60; secundamos inteiramente estas directrizes, pois que permitirão clarificar os interesses dos diversos agentes envolvidos no processo de criação cultural, tutelando-os autonomamente enquanto tais, e reservando rigorosamente à figura do autor o papel de criador intelectual).

(340) O Prof. Oliveira Ascensão, embora questione a “autonomia substancial do Direito da Empresa” (*Direito Comercial*, I, p. 176), parece aceitar, porém, esta figura no

2. Em ordem a compreendermos a “expropriação do direito de autor pela empresa”, necessário se torna que estejamos munidos de uma caracterização desta figura. Porém, ao invés de procedermos à construção de um conceito de empresa, vamos procurar compreender o modo como esta figura é caracterizada no quadro dogmático das ciências jurídico-empresariais. Sendo que o legislador não terá vertido num texto legal um conceito unitário de empresa provido de operatividade funcional no *corpus iuris*.

Todavia, esta palavra denomina uma coisa, cuja importância no direito justifica a autonomia dogmática de uma vertente das ciências jurídicas. Na verdade, o centro de gravidade deste ramo das ciências jurídicas é, justamente, a empresa ⁽³⁴⁰⁾. Procuraremos, portanto, uma caracterização desta figura, ainda que nos seus traços gerais, de modo a encontrar um conteúdo semântico válido para o termo empresa.

quadro das ciências jurídicas (v. *Concorrência Desleal*, p. 53 s.).

⁽³⁴¹⁾ Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, I, p. 201 (“As expressões ‘empresa’ e ‘estabelecimento comercial’ [...] podem ser tomadas como sinónimas.”); já no sentido da sinonímia, Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura*, p. 8, n. 3 (“A utilização indiscriminada dos dois termos — *estabelecimento e empresa* [comercial ou industrial], que aqui se empregam como se fossem sinónimos — visa, não apenas facilitar a leitura, mas ainda, e mormente, reunir numa só as duas *nuances* que esses dois termos sugerem. A palavra «estabelecimento» [...] tem a preferência no plano objectivo [...]. O termo «empresa» [...] é referido de preferência a alguma coisa de activo, de subjectivo [...].”); recentemente, seguindo esta orientação, Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade*, p. 4 (“Em tese geral, penso ser legítima a utilização sinonímica dos dois vocábulos — e tomando em conta quer o espaço jurídico-mercantil quer outros domínios”).

⁽³⁴²⁾ O Prof. Oliveira Ascensão não segue a sinonímia, distinguindo claramente a empresa do estabelecimento, com relevantes consequências em sede de qualificação e regime jurídicos (Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, II (III), p. 57-8: “O estabelecimento não se confunde com a empresa; seria antes o assento objectivo desta, o conjunto de bens que permitem à empresa funcionar. [...] A empresa não é uma universalidade, visto que não é um objecto. Parece ser a empresa que Larenz não considera universalidade; uma vez que inclui nela os direitos que lhe correspondem. Nega que seja objecto de direitos, porque não há um direito de domínio ou exploração unitária sobre a empresa. / De todo o modo, da empresa há que distinguir o estabelecimento. Este pode ser considerado num sentido restrito, em que se atende apenas ao conjunto de bens que servem a empresa. Não vemos motivo para recusar a qualificação como universalidade de facto e, conseqüentemente, para negar que possa ser objecto unitário de situações jurídicas.”).

⁽³⁴³⁾ Ferrer Correia, ROA 1981, p. 21. Isto poderá significar, como refere o Prof. Oliveira Ascensão, que “o comerciante terá uma só empresa, mesmo com vários estabelecimentos, se com eles fizer uma unidade de exploração. Poderão até subdividir-se em subempresas menores. Mas não havendo essa unidade há empresas distintas, mesmo

De referir, para começar, que, não obstante a sinonímia ser recorrente na doutrina seguida ⁽³⁴¹⁾, utilizaremos o termo empresa e não o signo estabelecimento para designar o fenómeno jurídico-empresarial ⁽³⁴²⁾. Com efeito, utilizamos o signo empresa pela razão segundo a qual o estabelecimento está ao serviço do empresário para o “exercício [...] da sua empresa” ⁽³⁴³⁾, em termos de a mesma empresa poder gerar no seu seio vários estabelecimentos desprovidos, objectivamente, de autonomia empresarial ⁽³⁴⁴⁾. Vale isto por dizer que o fenómeno jurídico-empresarial se caracteriza, em primeira linha, pela empresa, em torno da qual gravita(m) o(s) estabelecimento(s) ⁽³⁴⁵⁾.

Assim, cumpre perguntar: o que é a empresa?

Partindo de uma perspectiva empírica, diz-nos o Prof. Orlando de Carvalho: “Da nossa experiência da vida — linguística, mas não apenas —, decorre que

que unificadas pela titularidade de um único comerciante” (Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, I, p. 350).

⁽³⁴⁴⁾ Trata-se do fenómeno da chamada integração empresarial vertical que ocorre nas sucursais de empresa e, em certos termos, na franquia, como sustentámos no nosso trabalho “Da franquia de empresa (*franchising*)”, BFD 1997, p. 251 s. Com efeito: “A finalidade da franquia é permitir que uma empresa se aproveite da técnica empresarial de outra, mantendo embora a sua autonomia. [...] O esquema é já antigo nos Estados Unidos. As empresas automobilísticas, por estarem impedidas por lei de comerciar os seus produtos, autorizavam terceiros a fazê-lo.” (Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, p. 308-10). Todavia, o que dissemos aí foi que a independência jurídica do franquiado não se confunde com a autonomia do seu estabelecimento, que é dependente da empresa do franquiador. Pelo que, só utilizando o termo empresa em sentido subjectivo, subscrevemos o entendimento de que a empresa do franquiado mantém a sua autonomia. A isso não será estranho, aliás, o facto de o *franchising* ter surgido modernamente em reacção à legislação *anti-trust* estadunidense.

Não podemos, porém, desenvolver aqui o tema, que se poderá projectar também em sede de qualificação dos contratos de franquia, limitando-nos a remeter para o que então escrevemos, com indicações bibliográficas. Mas também não podemos deixar de referir a importância dos direitos de autor como elemento da franquia, tal como o legislador comunitário a definiu no Regulamento sobre estes acordos (*v. infra* Reg.-Franquia, art. 3.º, 3-a); importância essa que já tivemos oportunidade de destacar na caracterização de certas constelações de “licenças de distribuição” de bens informáticos no quadro dos chamados contratos de *software* (*v. Contratos de ‘Software’*, p. 143 s.).

⁽³⁴⁵⁾ No sentido de que no direito espanhol “es pacífica la distinción entre empresa y establecimiento elaborada por la doctrina mercantilista [e] recogida en la Jurisprudencia”, Doral García, *Posesion y empresa*, p. 561-2. Veja-se também Gondra, RDM 1998, p. 493.

⁽³⁴⁶⁾ Orlando de Carvalho, *Empresa e lógica empresarial*, p. 5-6. Trata-se esta, de uma versão actualizada, com desenvolvimentos, da noção pré-jurídica de empresa já antes

a empresa é, antes de tudo, um processo produtivo (concebida a produção em sentido amplo, de modo a abranger a produção, não só de bens ou de serviços, mas de qualquer valor acrescentado em termos de circuito económico) destinado à troca sistemática e vantajosa: ou seja, à formação de um excedente financeiro que garanta quer a auto-reprodução do processo, quer o estímulo a essa auto-reprodução (sabido que sem auto-reprodução, incluindo a necessária reprodução ampliada, não há sistematicidade, e sem estímulo à auto-reprodução, esta, como dispêndio de energias, não se efectua). Sendo isso, porém, a empresa é necessariamente uma estrutura, isto é, um complexo organizado de meios ou de factores com o mínimo de racionalidade e estabilidade que lhe garanta o mínimo de autonomia funcional (ou técnico-produtiva) e financeira (ou económico-reditícia) que lhe permita emergir na intercomunicação das produções (ou no mercado, *lato sensu*: o mercado é o lugar ideal da intercomunicação produtiva) como um centro emissor e receptor *a se stante*” (346).

Isto significará, pela negativa, que da “nossa experiência da vida” decorrerá, ainda, que “não é empresa a produção para o auto-consumo ou para a benemerência,” nem “uma especulação episódica ou ocasional”, nem “a produção que busca apenas cobrir despesas com receitas”, nem “a produção em que a pessoa do empresário tem um peso tão absorvente na formação do produto que o processo não se identifica nem subsiste sem ele” (347).

4. Uma vez captado o fenómeno da empresa como “produto da vida”, interessa perguntar pela sua caracterização jurídica. Ou seja, saber o que é a empresa no direito.

Ora, seguindo a posição do Prof. Coutinho de Abreu, o signo empresa, em sentido jurídico, reveste, principalmente, duas acepções (subjectiva e objectiva, respectivamente) que, a seu ver, não se equivalem em termos de poder

sustentada: “específico mecanismo de intervenção na economia que, constituindo um processo de produção para a troca sistemática e vantajosa (em condições de garantir a sua auto-reprodução e o estímulo a essa auto-reprodução), constitui uma concreta e estável organização de factores com a suficiente funcionalidade e autonomia para emergir, na intercomunicação produtiva, como um centro emissor e receptor *a se stante*.” (Orlando de Carvalho, *Empresa e direito do trabalho*, p. 17; v., para uma caracterização da “empresa como sistema ‘auto-poiético’”, Teubner, *O direito como sistema autopoietico*, p. 264 s.).

(347) Orlando de Carvalho, *Empresa e lógica empresarial*, p. 6.

(348) Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 187-8.

(349) Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 177 s. Trata-se de uma linha metodológica consonante com a do Prof. Orlando de Carvalho, o qual delimita o objecto da sua

formar-se um conceito unitário de empresa válido para todas as espécies existentes no *corpus iuris*: primeiro, em sentido subjectivo, a empresa significa o “sujeito jurídico que exerce uma actividade económica”; segundo, em sentido objectivo, a empresa é entendida como instrumento ou estrutura produtivo-económica objecto de direitos e de negócios ⁽³⁴⁸⁾.

Sendo que, atendendo à relativa autonomia do direito no universo da *praxis* e, conseqüentemente, do seu *instrumentarium* conceitual, esta impressão de um duplo sentido ao signo empresa não será prejudicada por uma noção pré- ou meta-jurídica arrancada de uma pré-compreensão ontológica da “natureza das coisas”, sendo, antes, extraída dos “terrenos do direito”, resultando, portanto, do percurso dos “dados jurídicos”, se bem que atenda, “também, às informações que se colhem nos [...] terrenos extra-jurídicos”, *maxime*, económicos, sociológicos e semânticos ⁽³⁴⁹⁾.

Assim, por um lado, *em sentido subjectivo*, as empresas surgem principalmente no direito da concorrência; sendo que, para que possam ser consideradas empresas é necessário que estes sujeitos jurídicos exerçam “uma actividade económica — implicante de troca de bens (incluindo serviços)”, a qual, por um lado, “não tem necessariamente de ser dirigida à obtenção de lucros” e, por outro lado, não “tem — sublinhe-se — de ser suportada por uma organização de trabalho dependente e/ou de outros factores produtivos (não

AB VNO AD OMNES

investigação, em sede mercantil, nos seguintes termos: “o estabelecimento de que se ocupa o nosso exame é o estabelecimento comercial (ou industrial) segundo a lei, o estabelecimento que a lei define como sujeito à legislação mercantil (ou tendo que ver com a legislação mercantil), reportando-nos, para essa definição, aos critérios vigentes em cada sistema positivo”; “a determinação do estabelecimento como matéria de negócios na área é definida pelo direito vigente para as actividades mercantis” (Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura*, p. 96, p. 118).

⁽³⁵⁰⁾ Coutinho de Abreu, *Curso*, I, p. 189 (referindo, no direito comunitário, as Decisões da Comissão AOIP/Beyard e RAI/UNITEL, de 2-12-1975 e de 26-5-1978, respectivamente; no direito interno é, ainda, indicado o Parecer 3/85, de 11 de Dezembro, do Conselho da Concorrência, considerando, de igual modo, poderem ser empresas, *inter alia*, “os inventores ou os artistas” — p. 190, n. 50). Num breve apontamento de direito comparado, apesar de alguma oposição à aplicação do direito da concorrência neste domínio (*vide* Dietz, *Das Urheberrecht in das Europäischen Gemeinschaft*, p. 271), sustenta-se que, em face da lei, os autores que exploram as suas obras são de considerar empresas no sentido da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - GWB (cfr. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 388; Bappert/Maunz/Schricker, *Verlagsrecht*, p. 31).

⁽³⁵¹⁾ Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 243.

⁽³⁵²⁾ Cfr. Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 243.

se exige uma organização de meios autonomizável em face do sujeito, a actividade pode depender tão-só da pessoa do sujeito)”, podendo, nomeadamente, ser “considerados empresas inventores que comercializem as respectivas invenções, artistas que explorem comercialmente as suas prestações artísticas, profissionais liberais” (350).

Por outro lado, *em sentido objectivo*, sustenta-se um conceito geral de empresa, enquanto “*unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma actividade de produção para a troca*” (351). Este conceito geral abrange as diversas espécies empresariais quanto ao objecto, as empresas comerciais e as empresas não comerciais, e segundo os sujeitos (por ex., empresas públicas, cooperativas), não sendo seu elemento essencial o escopo lucrativo (352).

Assim, primeiro, dizem-se “*comerciais as empresas cujo objecto se traduza na realização de actos (ou actividades) mercantis*”; sendo que por actividades mercantis entende-se as “*actividades de interposição nas trocas — maxime, compras de coisas para revenda e vendas de coisas adquiridas para revender (art. 463.º CCom.) —, actividades industrial-transformadoras (art. 230.º, § 1.º), de serviços — agenciamento de negócios, exploração de espectáculos públicos (art. 230.º, nos §§ 3.º e 4.º), operações de banco (arts. 362.º, ss.)*,”

(353) Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 190-1.

(354) Em face do § 5.º do art. 230.º CCom deverão ser também qualificadas como comerciais as empresas de produção de fonogramas, videogramas e filmes e, também, ao que parece, as empresas de produção de obras audiovisuais. Todavia, no que respeita às empresas de radiodifusão e, recentemente, às empresas de prestação de serviços interactivos, parece tratar-se de casos omissos. Sendo que a analogia *legis* com os §§ 4.º e 5.º do art. 230.º CCom parece não se verificar. Poderíamos, porém, seguindo o método tradicional, sustentar a natureza jurídico-mercantil destas actividades em razão do princípio geral de direito comercial segundo o qual as empresas de serviços serão, em regra, comerciais (v. Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 60).

Note-se, porém, que este resultado poderá não ser pacífico. O Prof. Oliveira Ascensão, embora sustente, em termos gerais que a analogia *iuris* é admissível, entende que esta não se confunde com os princípios gerais (Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 458: “Sustentamos assim a admissibilidade duma analogia *iuris*. Mas sustentamos também que esta se não confunde com a aplicação dos princípios gerais do direito, nem “com a norma que o intérprete criaria”, e destina-se a resolver outras necessidades”); além disso, parece recusar a admissibilidade da analogia *iuris* em sede jurídico-mercantil (v. Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, I, p. 41-3).

(355) Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 95-6.

(356) Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura, passim*.

seguros (arts. 425.º, ss.) —, etc.” (353).

Seguindo este critério, deverão, ainda, qualificar-se como mercantis as actividades de “editar, publicar ou vender obras científicas, literárias ou artísticas” (art. 230.º, § 5.º), sendo, portanto, comerciais as empresas que as exerçam (354). E, pela mesma ordem de razões, ainda que, agora, em sentido negativo, não serão comerciais as actividades que não sejam qualificadas juridicamente como tais, ainda que, segundo o método tradicional, por analogia, *legis* ou *iuris*, como parece ser o caso da indústria extractiva.

Por outro lado, certas actividades são expressamente excluídas da comercialidade, como sejam a actividade agrícola (art. 230.º, § 1.º), as actividades do artesão que exerce directamente a sua arte e, ainda, do autor que editar, publicar ou vender, ele próprio, as suas obras (art. 230.º, §§ 1.º e 3.º). Com efeito, relativamente a estes últimos, as actividades dos “*escultores, pintores, escritores, cientistas, músicos* [...] não são legalmente qualificadas de mercantis; e o § 3.º do art. 230.º reforça essa não qualificação” (355).

Porém, isso não significa que os agricultores, os artesões e os artistas *lato sensu* não possam ser empresários, isto é, que possam exercer uma empresa. Mas também não significa que possam. Com efeito, foi analisado o critério de comercialidade, ou não, da empresa.

5. Ora, para que uma empresa, agora em sentido objectivo, se possa qualificar, ou não, como mercantil, é necessário, desde logo, que haja empresa. Vale isto por dizer que, para além do critério, é necessário conhecer a *estrutura* (356), como afirmou claramente o Prof. Orlando de Carvalho, nessa que foi considerada pelo Prof. Ferrer Correia como a “mais importante [obra] da nossa literatura jurídica sobre o tema da empresa” (357).

Sustenta-se na doutrina que, “em sentido objectivo”, a empresa é um “bem jurídico distinguível”, isto é, um “valor negociável”, “patrimonial”, “transpessoal (cindível ou isolável da pessoa que o criou, ou da pessoa a quem pertença em dado momento — como se demonstra pelos casos de transmissão definitiva, *inter vivos* ou *mortis causa*)”, “duradouro” (como resulta das transmissões *pro tempore*), “reconhecível” e “irreduzível” (não se confundindo com outros bens, a ela ligados ou não, e contradistinguindo os negócios que

(357) Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, I, p. 201, em nota.

(358) Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 191-2. A este elenco exemplificativo poderíamos acrescentar obras e prestações protegidas, respectivamente, pelo direito de autor e pelos

a têm por objecto). Porém, é um “*bem complexo*”, composto por vários elementos, como sejam, nomeadamente, “coisas corpóreas (*v. g.*, prédios, máquinas, mobiliário, mercadorias, ferramentas, matérias primas), coisas incorpóreas (*v. g.*, invenções patenteadas, modelos de utilidade, marcas, nomes e insígnias de estabelecimento), *bens não coisificáveis* (jurídico-realmente), como as prestações de trabalho e de serviços e certas situações de facto com valor económico — o saber fazer” (358).

Elementos esses que se encontram interligados por um *nexo funcional*. Com efeito, a empresa caracteriza-se como sendo, desde logo, uma “organização”, um “sistema”, que é “aberto” como “centro de trocas sistemáticas” no mercado, “auto-suficiente” e “autónomo — um ente com identidade própria, como tal reconhecido no mundo macro-económico” (359).

Esta caracterização estrutural da empresa conduz a que, em princípio, sejam excluídas, do seu sentido objectivo, os escritórios e os estúdios dos profissionais liberais — isto é, das pessoas que exercem as profissões liberais, as quais traduzem-se “no exercício habitual e autónomo (juridicamente não subordinado) de actividades primordialmente intelectuais, susceptíveis de regulamentação e controlo próprios”, nelas se incluindo, por exemplo, advogados, médicos, engenheiros, arquitectos, etc. —, uma vez que o “que avulta aí é a pessoa dos profissionais (com específica capacidade técnico-científica para a prestação de serviços), não um complexo

direitos conexos, bem como, ainda, outros objectos *sui generis* da propriedade intelectual *tout court*.

(359) Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 189-90.

(360) Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 227.

(361) A actividade dos autores parece não ser objectivamente empresarial porque, em última análise, o seu saber-fazer, embora seja comunicável e reproduzível, não poderá ser apropriado. Não tanto porque se confunda com o produto, mas porque, desde logo, este elemento, que nos parece essencial à existência de empresa em sentido objectivo, não é capaz de protecção sequer como situação de facto com valor económico. Trata-se de actividades *extra-commercium*, em virtude do livre fluxo de informação criativa. Por outras palavras, as *leges artis* do ofício dos criadores não são protegidas como obras. Já no que respeita ao saber-fazer dos inventores, subjacente a objectos da propriedade industrial, o conteúdo ideativo-funcional poderá ser protegido por direitos privativos, para além das regras da concorrência desleal. Com efeito, poderá tratar-se de saber-fazer enquanto segredos de indústria ou comércio, não sendo os métodos operativos ou processos funcionais excluídos da patenteabilidade, embora o sejam em relação ao direito de autor. Nessa medida, poderá ser apropriável como elemento de empresa. Sendo que, a criminalização das regras da concorrência desleal implicará, ao menos, o recurso à técnica dos “exemplos-padrão”, obstando, nessa medida, em princípio, à analogia com o saber-fazer dos criadores de obras literárias e artísticas. Porém, as regras da descompilação dos programas

produtivo objectivo; o conjunto dos instrumentos de trabalho não tem autonomia funcional nem identidade própria [...]; a actividade do sujeito exaure praticamente o processo produtivo (de prestação de serviços)” (360).

Em nosso entender, o mesmo critério deverá valer, *mutatis mutandis*, para os estúdios de artistas *lato sensu*, enquanto tais (361), como sejam, por exemplo, escultores, pintores, escritores, cientistas, músicos, fotógrafos, realizadores e, ainda, em certos termos intérpretes e executantes. Porém, já não será assim para uma vasta gama de entidades que exploram a arte destes sujeitos, como sejam, nomeadamente, as editoras, incluindo as publicações periódicas, as salas de espectáculos públicos e de lazer, diversão e entretenimento (por ex., galerias de arte, salas de teatro, concertos, cinema, mediatecas, videotecas, bibliotecas, discotecas, jogos de vídeo), os estúdios de produção audiovisual — incluindo o cinema, os programas de televisão, os vídeos e, de um modo geral, os filmes, a produção de “cassettes” e discos, incluindo os CDs, CD-Is e os CD-ROMs —, as produtoras de conteúdos de bases de dados, os organismos de radiodifusão sonora e/ou visual (por satélite e/ou por cabo), os operadores de redes informáticas, *maxime* a Internet, os prestadores de teleserviços ou serviços interactivos em linha (por ex., audio-vídeo a pedido, o correio electrónico, os serviços electrónicos de informação). Via de regra, estas entidades não apenas serão empresas, como ainda as suas actividades poderão ser qualificadas como

de computador introduzem um desvio acentuado a esta dicotomia, uma vez que o saber-fazer (métodos operativos ou processos funcionais) utilizado na escrita do programa goza de protecção nos termos que adiante veremos.

(362) A comercialidade de algumas destas empresas já foi proposta na doutrina. Na opinião do Prof. Oliveira Ascensão, “a partir do art. 230.º pode considerar-se comercial uma empresa editora de fonogramas, porque há uma analogia com a previsão do n. 5” (Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, I, p. 234). Ao mesmo resultado chegava o Prof. Lobo Xavier, não por analogia *legis*, mas antes por interpretação extensiva (v. Lobo Xavier, *Direito Comercial*, p. 59-65).

Já antes, porém, o Prof. Ferrer Correia sustentava que “se deverá admitir a comercialidade de uma empresa produtora de discos ou de filmes cinematográficos, em face do disposto do n.º 5.º”, acrescentando em nota, que “parece-nos seguro que nem sequer há que falar de interpretação extensiva” (Ferrer Correia, *Lições*, I, p. 79). Em nosso juízo, será este último o entendimento a perflhar. Com efeito, o género de actividades mercantis definido pelo sentido natural da letra da lei parece abranger estas espécies, ainda que, ao tempo da aprovação do Código Comercial, não fossem conhecidas do legislador. Não obstante, o sentido objectivo da norma parece justificar, segundo o método tradicional, uma mera interpretação declarativa.

(363) Por isso sustentámos que, à semelhança da sucursal, na franquía pode dar-se o estabelecimento da empresa no mercado espacio-temporalmente circunscrito no contrato;

comerciais: tratar-se-á, portanto, de empresas mercantis ⁽³⁶²⁾.

6. Por outro lado, apesar de a doutrina que temos vindo a seguir caracterizar a empresa partindo da sinonímia com o estabelecimento, parece que essa caracterização permitirá distinguir, em rigor, a empresa do estabelecimento, ainda em sentido objectivo. Sendo que, a nosso ver, não haverá estabelecimento sem empresa, embora já possa haver empresa sem estabelecimento. Por seu turno, na empresa está inscrito o “código genético” que lhe permite gerar vários estabelecimentos ⁽³⁶³⁾. Não obstante, parece que a caracterização do estabelecimento deverá valer, também, em certos termos, para a empresa.

Na verdade, entende-se que, para existir, enquanto possível objecto de negócios, a empresa carecerá — servindo-nos da valoração tri-dimensional do Prof. Orlando de Carvalho —, de um mínimo de “valores ostensivos” que exprimam os “valores de organização” que a empresa é, e que, nessa medida, conformam o “âmbito entrega” ⁽³⁶⁴⁾. Sendo que esses “valores ostensivos” serão “constituídos pelos bens (corpóreos e incorpóreos) do estabelecimento que mantêm em relação a ele uma relativa autonomia jurídica e económica” ⁽³⁶⁵⁾. Depois, a existência da empresa não exigirá “valores de

os estabelecimentos dos franquizados em rede serão encarnações da empresa do franquizador, não gozando, por isso, de autonomia em relação a esta, isto é, não constituindo, enquanto tais, empresas em sentido objectivo. Pondo em destaque a semelhança entre a sucursal e a franquia, enquanto formas de integração vertical, Pinto Monteiro, *Contratos*, p. 23.

⁽³⁶⁴⁾ Isto valerá, desde logo, para certos negócios que têm o estabelecimento por objecto, como sejam o trespasse e a “cessão de exploração”. Na definição do Prof. Coutinho de Abreu, o trespasse consiste na “*transmissão da propriedade de um estabelecimento por negócio entre vivos*”; já a cessão de exploração traduz-se na locação do estabelecimento, isto é, no “*contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de um estabelecimento, mediante retribuição*” (Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 247, 271-2).

⁽³⁶⁵⁾ Cfr. Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade*, p. 45.

⁽³⁶⁶⁾ Cfr. Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade*, p. 45-52.

⁽³⁶⁷⁾ Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 201 (isto significará, desde logo, que a “existência de clientela efectiva não é, pois, necessária” à existência da empresa, sendo apenas “uma das manifestações ou índices do aviamento do estabelecimento — ao lado de outras, como as relações com os trabalhadores, os fornecedores, os financiadores” — p. 202-3). Também o Prof. Oliveira Ascensão considera que “já há empresa, mesmo antes de ter entrado em laboração; já há organização que possibilita a realização da função produtiva” (Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, I, p. 238; v., ainda, sobre os estabelecimentos incompletos e os índices de “aptidão funcional do conjunto” — p. 325).

exploração”, ou seja, dos “que advêm ao estabelecimento após este entrar em contacto com o público e que assentam sobretudo nas relações de facto com clientes, fornecedores e financiadores” (366).

Donde decorre que, em certos termos, poder-se-á considerar empresa “um complexo de bens de produção organizado” que ainda não entrou em funcionamento (367). E, *por maioria de razão*, parece que poderá ainda haver empresa mesmo se a esse complexo faltarem os bens a obter aquando do tecer da rede de clientes, fornecedores e financiadores.

Assim, “um complexo de bens de produção organizado” poderá ser considerado empresa se “à partida (em abstracto), já se revelar (minimamente) apto para realizar um fim económico-productivo jurídico-comercialmente qualificado — apto para garantir clientela que lhe permita “viver”, reproduzir (ao menos em termos de “reprodução simples”) os respectivos processos produtivos — e se esse fim não for infirmado pela natureza do sujeito que porá o complexo em funcionamento, nem por outras circunstâncias objectivamente reconhecíveis” (368).

Por outro lado, depois de ter entrado em funcionamento, admite-se a existência da empresa, enquanto objecto de negócios, na medida em que da sua negociação não sejam excluídos bens necessários para exprimir os “valores de organização” e (agora) de “exploração” da empresa (369).

7. Assim sendo, parece afirmar-se a existência de um elemento essencial na caracterização dogmática da estrutura da empresa. Com efeito, dentro desses bens assumirão especial relevo “certas situações de facto com valor económico”, a saber, nas palavras do Prof. Coutinho de Abreu, “o saber-fazer (ou tecnologia, no sentido de conhecimentos não patenteados e/ou não patenteáveis de carácter científico, técnico ou empírico aplicados na prática empresarial, incluindo os “segredos da indústria ou comércio”)” (370).

Na verdade, o saber-fazer, assim entendido, parece constituir um bem que permite exprimir “valores de organização”, isto é, os valores “devidos à articulação dos elementos da empresa, seleccionados, dimensionados e

(368) Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 201.

(369) Cfr. Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 205 s.

(370) Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 192.

(371) Cfr. Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade*, p. 45.

(372) Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 208. No entender do Prof. Oliveira Ascensão, ao invés da utilização do termo aviamento dever-se-ia falar em “aptidão funcional”: a noção de aviamento “é ambígua, e bem seria que de todo se prescindisse da palavra na

combinados de modo adequado ao fim jurídico-económico dela” (371); e, ainda, os “valores de exploração” adquiridos pela empresa com a sua entrada em funcionamento.

Assim, podemos dizer que o saber-fazer condensará outras “situações de facto com valor económico”, as quais, autonomamente, de *per si*, não são considerados elementos da empresa. Dentro dessas situações destacam-se a “organização interna da empresa” e as “relações de facto com clientes, fornecedores e financiadores”, em que se analisarão, respectivamente, os “valores de organização” e de “exploração” da empresa. Pelo que, não parece irrazoável afirmar que o saber-fazer poderá ser, em última análise, um elemento essencial à existência da empresa. Com efeito, o saber-fazer será portador das suas *Chancen*, quer antes, quer depois da sua entrada em funcionamento.

Dando mais um passo, verificamos que se entende que o critério da existência da empresa radica no seu *aviamento*, isto é, genericamente, na sua “aptidão para realizar o fim para que foi criada [sendo que] a força ou qualidade em que o aviamento objectivo ou real se traduz deriva logo da organização dos elementos do estabelecimento” (372).

Ora, estes “valores de organização” serão “situações de facto com valor económico” que integram a empresa, não autonomamente ou de *per se*, mas antes por via de outros bens que a compõem, em especial o saber-fazer. Os “valores de organização”, uma vez expressos em “valores ostensivos” em que o saber-fazer se traduz, serão susceptíveis de permitir afirmar o aviamento da empresa, mesmo antes de ela ter entrado em funcionamento. O que poderá significar ainda, como vimos, que aquele mínimo de “valores ostensivos” não carecerá de integrar bens a obter aquando do tecer da rede de fornecedores, financiadores e clientes.

Por outro lado, uma vez aviada, será ainda em saber-fazer que radicará o “valor de acreditamento diferencial” ou “de posição no mercado” que a empresa é. Pois que, agora, será ainda e também enquanto saber-fazer que a outra situação de facto com valor económico — a saber: a rede de relações com clientes, fornecedores e financiadores — integrará os bens que compõem o

doutrina portuguesa. [...] o aviamento é simplesmente a aptidão do conjunto para o fim ou função a que se destina. / Esse fim [...] não é a realização de lucros, é a própria função produtiva que ocorre desempenhar” (Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, I, p. 315-7).

(373) Canaris, *Handelsrecht*, p. 127.

(374) Canaris, *Handelsrecht*, p. 128; sobre os elementos de *Geschäftsgeheimnisse* v. ainda, Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, vor §§ 17-20a UWG, p. 1036-7; Hubmann/Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 368-9.

estabelecimento.

Acresce que, na doutrina germânica, sustenta Canaris que a empresa, enquanto “quadro complexo não pode, enquanto tal, segundo o direito vigente ser transferido” (373). Não obstante, no que respeita à “transferência do domínio de actividade”, entende-se que se faz através de um acto real, nomeadamente através da sua imissão na posse do adquirente, para o que podem ceder, *inter alia*, a revelação dos segredos de empresa, a mediação do saber-fazer, a comunicação de fontes de referência e de avaliação, a introdução da clientela” (374).

8. Assim, parece resultar do exposto que a empresa poderia radicar em *saber-fazer capaz de aviamento*. Pois que, afinal, este bem seria capaz de exprimir, não apenas os “valores de organização”, mas também os “valores de

(375) Vide Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 189, e n. 1; no sentido de que o saber-fazer “não deve [...] ser considerado uma coisa (objecto do direito de propriedade ou de outros direitos reais)”, Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 255. Note-se, porém, que, como vimos, o saber-fazer poderá ser considerado coisa, se seguirmos a noção legal do Código Civil. E, a provar que o saber-fazer pode ser objecto de relações jurídicas, aí estão os Regulamentos comunitários sobre os acordos de franquia, de saber-fazer, de transferência de tecnologia. Coisa esta que poderá, inclusivamente, ser considerada objecto de um direito especial se entendermos que o regime da repressão da concorrência desleal contém a atribuição de uma forma de “propriedade intelectual” sobre os “segredos de comércio e indústria”. Por outro lado, parece claro, que a noção de coisa não se identifica, necessariamente, com o objecto de direitos de propriedade, muito menos da propriedade prevista e regulada no Código Civil.

(376) Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 215 (por ex., o caso do incêndio, que destrói todo o “lastro corpóreo do estabelecimento” — p. 207). Com efeito, já o Prof. Ferrer Correia admitia que “a empresa subsiste ligada tão somente aos sinais externos que a contradistinguem (sobretudo a firma) — e a um mínimo de organização interna que lhe assegure a retomada dos negócios” (Ferrer Correia, ROA 1981, p. 22). Assim é, ainda que, identificando-se a empresa com o estabelecimento, se entenda que constitui “um bem incorpóreo, é um bem que assenta num lastro, menor ou maior, de valores ostensivos, ou seja, com valor jurídico-económico fora do próprio estabelecimento, valores que *quase sempre* incluem valores materiais” (Orlando de Carvalho, RLJ Ano 115.º, p. 107).

Parece, justamente, que quando o estabelecimento fica desprovido de bens corpóreos, radicanho apenas em valores de organização e de identificação, o que sobressai é a própria empresa, como valor susceptível de autonomização, quer em face do estabelecimento, quer em face do empresário. O problema está então em saber qual o regime de protecção deste “objecto imaterial complexo” (Forkel, ZHR 1989, p. 537) ou, por outras palavras, desta “*unkörperliche höhere Werteinheit*” (Baumach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, Allg., p. 88). Poderá a empresa, assim entendida, ser considerada, entre nós, objecto de um direito

exploração” da empresa. Sendo que o saber-fazer integraria os “valores ostensivos”, pois que de um bem incorpóreo se trata, ainda que, tradicionalmente, considerado não coisificável de *per se* ⁽³⁷⁵⁾.

Mas, será a empresa redutível a *saber-fazer capaz de aviamento*?

A pergunta põe-se, uma vez que é sustentável “a existência de estabelecimentos desprovidos de elementos materiais” ⁽³⁷⁶⁾. Depois, assim caracterizada, a empresa, não seria “resolúvel num puro plano organizatório”, nem “em meros valores de acreditamento ou de fama” ⁽³⁷⁷⁾. Com efeito, antes de entrar em funcionamento, o saber-fazer (capaz de aviamento) ostentaria “valores de organização” capazes de gerar “valores de exploração” da empresa; depois de entrar em funcionamento, o saber-fazer exprimiria *também* os “valores de exploração” adquiridos.

Acresce que, “como se diz correntemente na doutrina, a comunicação destas diversas informações [saber-fazer] permite a imissão do adquirente na posse do estabelecimento” ⁽³⁷⁸⁾. O que, por maioria de razão, deverá valer também para a empresa.

Porém, a ser assim, isto é, se se reduzisse a empresa a um *saber-fazer capaz de aviamento*, estar-se-ia, segundo os cânones tradicionais, a coisificar um bem entendido como não coisificável. Com efeito, sendo o saber-fazer um bem imaterial, e entendendo-se que, pela sua aptidão para o aviamento da empresa,

de propriedade? Com que fundamento?

⁽³⁷⁷⁾ Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 196, em nota.

⁽³⁷⁸⁾ Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 255, n. 205.

⁽³⁷⁹⁾ Assim, por essa via constituir-se-ia um direito cujo objecto seria a clientela. Ora, como nos diz o Prof. Oliveira Ascensão, “a clientela não está ligada essencialmente a um estabelecimento. Há uma clientela de marca, por exemplo, o que mostra que não há correspondência necessária entre as duas figuras. / Tão-pouco a clientela é elemento essencial do estabelecimento. O estabelecimento que ainda não entrou em funcionamento não tem clientela, mas não deixa de ser estabelecimento por causa disso. E não adianta falar em clientela potencial, porque assim apenas se refere a aptidão funcional do estabelecimento, e não a clientela como elemento específico. / Também se não pode falar de um direito à clientela. Disse-se que este se defendia através da acção da concorrência desleal. Mas esta tutela elementos gerais do estabelecimento, e não um pretensão direito à clientela. / Não se pode falar de um direito à clientela, que transpareceria em contratos como os de cedência de clientela. Na realidade, o que há são pactos de concorrência. [...] Em conclusão, não há um direito à clientela. A clientela, como fluxo, é um elemento relevante para a apreciação do valor do estabelecimento, mas não pode ser materializado, como um elemento autónomo do estabelecimento, e menos ainda como um bem.” (Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, I, p. 332-3).

Note-se, todavia, a existência de uma figura no *corpus iuris* que parece pôr em causa este

basta como seu “lastro de valores ostensivos”, então estar-se-ia a coisificar um bem, que, segundo o quadro dogmático tradicional dos direitos reais, não seria coisificável.

entendimento. Trata-se da chamada “indenização de clientela” devida pelo principal ao agente após a cessação do contrato verificados certos requisitos (v. art. 33.º do regime do contrato de agência instituído pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 86/653/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986). Ora, em que radica o fundamento desta figura? Tratar-se-á de uma indenização por lesão de um direito à clientela?

Caracterizando esta figura, ensina o Prof. Pinto Monteiro: “Trata-se, no fundo, de uma *compensação* devida ao agente, após a cessação do contrato [...] pelos benefícios de que o principal continua a auferir com a clientela auferida ou desenvolvida pelo agente. É como que uma compensação pela “mais-valia” que este lhe proporciona, graças à actividade por si desenvolvida, na medida em que o principal continue a aproveitar-se dos frutos dessa actividade, após o termo do contrato de agência. / Pese embora o seu nome, não se trata, em rigor, de uma verdadeira *indenização*, até porque não está dependente da prova, pelo agente, de danos sofridos (se bem que estes existam normalmente, pelo menos na forma de lucros cessantes). O que conta são os benefícios proporcionados pelo agente à outra parte, benefícios esses que, na vigência do contrato, eram de proveito *comum*, e que, após o seu termo, irão aproveitar apenas, *unilateralmente*, ao principal. [...] Trata-se, pois, de uma medida mais próxima do instituto do *enriquecimento sem causa* do que da responsabilidade civil” (Pinto Monteiro, *Agência*, 3.ª, p. 112-3).

É esta, justamente, a melhor caracterização da figura, evidenciando que a indenização de clientela não se destina a ressarcir um “dano de clientela” que a cessação do contrato geraria. Não obstante, permite compreender, de igual modo, que a indenização de clientela destina-se a compensar, em certos termos, a deslocação de um “valor patrimonial” do agente em favor do principal, sendo justamente isso que poderá justificar, em certos termos, a atribuição desta “indenização” a outros distribuidores, como tem decidido a jurisprudência de acordo com a melhor doutrina [v., fundamentalmente, Pinto Monteiro, *BMJ* n.º 360 (*Anteprojecto*), p. 84 s., *Agência*, 1.ª, p. 59, *Agência*, 2.ª, p. 46 s., *Contratos*, p. 26-7, *BFD* 1995, p. 111 s., *Rdc* 1996, p. 885 s., *RLJ* ano 130.º, p. 91 s., e, ainda, *Agência*, 3., p. 115 s., *Denúncia*, p. 75 s., correspondente à *Revista*].

Ora, seria descabido tratar aqui o problema de modo exaustivo, pois que, para além de analisar pormenorizadamente o regime jurídico consagrado, tendo em conta o quadro opcional da directiva comunitária e as diversas tradições dos Estados-membros, teríamos ainda que comparar a indenização de clientela com várias outras figuras do *corpus iuris* que dela se aproximam ou afastam, enquadrando, depois, sistematicamente a caracterização resultante dessa análise; numa palavra, seria necessária outra investigação. Porém, permitimo-nos referir, apenas, uma vez que o ponto relaciona-se estreitamente com a caracterização de empresa, que, atentos os requisitos legais, a indenização de clientela justifica-se porque em causa está a deslocação de um valor da empresa do agente em favor do principal. Com efeito, sendo as relações com os clientes integradas no saber-fazer e constituindo este, a nosso ver, um elemento essencial da empresa, resulta da análise

Com efeito, em última análise, permitir-se-ia a redução da empresa a esse saber-fazer (e aos valores que exprime, que se traduzem em outras situa-

dos requisitos da indemnização de clientela que se trata de compensar, também, a deslocação do valor de posição no mercado da empresa do agente.

Na verdade, as *Chances* ligadas ao saber-fazer criado pelo agente, e que se analisa nas relações com os clientes, serão aproveitadas, apenas, pelo principal. Trata-se, portanto, de compensar a deslocação em favor do principal de um valor patrimonial (saber-fazer) criado (ou re-criado) pelo agente e ligado à sua empresa. Assim, apesar de não haver, propriamente, um direito à clientela, esta, enquanto conjunto de relações com clientes, integrará o saber-fazer; sendo que este bem, por seu turno, constitui elemento essencial da empresa. Assim sendo, a “indemnização de clientela”, nos termos dos requisitos previstos (v., em pormenor, Pinto Monteiro, *Agência*, 3.^a, p. 112 s.), justificar-se-á, de igual modo, pela deslocação de um valor patrimonial da empresa do agente em favor do principal, destinando-se esta figura a compensar, justamente, essa deslocação ocorrida por ocasião da cessação do contrato.

Não estamos desacompanhados no que dizemos, pois, como refere Martinez Sanz, neste sentido pronuncia-se uma parte significativa da doutrina, com o argumento de que em causa está “compensar el ‘desplazamiento de valor’ (*Wertverschiebung*) que se produce por el mero hecho de la extinción del contrato[...]. Dentro de esta corriente ha de enmarcarse, en buena medida, la sugestiva justificación que de la compensación por clientela se ha avanzado partiendo de la condición del agente como empresario independiente. Se ha hecho ver, en efecto, que las relaciones externas con la clientela forman parte del bien inmaterial que resulta del ejercicio de la empresa (‘dimensión objetiva o estática de la empresa’). La indemnización por clientela tendería, a juicio de los autores de referencia, a compensar la salida de esa ‘parte de la realización inmaterial del agente empresario relativa a las relaciones con la clientela’, de la empresa del agente a la del empresario por cuya cuenta actuaba, siempre que efectivamente se produzca tal desplazamiento.” (Martinez Sanz, *La indemnización por clientela*, p. 103, e n.ºs 200, 206).

⁽³⁸⁰⁾ Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 215-6. As raízes da doutrina da unidade jurídica do estabelecimento encontram-se, entre nós, sobretudo em: A. Ferrer Correia, *Reivindicação do estabelecimento como unidade jurídica, passim*; Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura, passim*. O Prof. Oliveira Ascensão, distinguindo a empresa do estabelecimento, considera que o estabelecimento é uma universalidade de facto (art. 206.º, 1), isto é, “uma pluralidade de coisas unificada pelo seu destino (equivalendo a função) que surge assim como uma nova coisa. O estabelecimento é uma coisa só, corpórea como todas as universalidades de facto, e portanto sujeita ao regime comum das coisas corpóreas”; por seu turno, a empresa seria uma universalidade, isto é, um “complexo de situações jurídicas agregadas em torno do direito àquele bem” (Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, I, p. 317-8, 321, 346-7).

Que o estabelecimento constitua uma unidade jurídica enquanto objecto de negócios, não nos parece restarem dúvidas: disso dão conta os preceitos legais que referem a possibilidade de alienação, oneração ou locação do estabelecimento (art. 94.º, 3, 1682.º-A-b, 1889.º, 1-c, 1938.º, 1-a, CCiv); arts. 152.º, 2-d, 246.º, 2-c, CSC; art. 15.º Decreto-Lei n.º 42/89, de 3 de Fevereiro (firmas); art. 115.º RAU; as referências nos arts. 1559.º e 1560.º, 1-a, CCiv ao dono do estabelecimento não são, em nosso entender,

conclusivas, sendo duvidoso se a referência precedente aos “proprietários” é relativa aos estabelecimentos, ou antes aos prédios). E que o estabelecimento possa ser objecto do direito de propriedade, nesse sentido se parece pronunciar o legislador, que recentemente utilizou a expressão “proprietário do estabelecimento” (v. art. 6.º Decreto-Lei n.º 332/97, 27-11). Depois, que se qualifique o estabelecimento como uma “coisa composta funcional”, como “incorporalidade *sui generis*”, porque assentaria num “lastro corpóreo mínimo” (v. Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 193 s.), para assim o sujeitar ao regime da propriedade regulada no Código Civil, também não parece insustentável. Fala-se, também, em “coisa imaterial (não pura)” (Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 215). De facto, parece que o estabelecimento para o ser, carece desse lastro corpóreo mínimo. Por encarnar uma empresa, o conjunto de coisas corpóreas que compõem o estabelecimento seria suficiente para afirmar a existência de uma coisa, de tipo composto funcional, para efeitos do Código Civil. A referência a um estabelecimento implicaria, portanto, um mínimo de corporalidade.

Mas já surgem dificuldades quando se admite que pode haver estabelecimento sem incluir valores materiais. Aí estaremos, ao que parece, perante uma coisa incorpórea pura, ainda que complexa. E, assim sendo, segundo a interpretação algo “cadavérica” que fizemos do art. 1302.º do Código Civil, já nestes casos será difícil afirmar que o estabelecimento constitua o objecto do direito de propriedade. Estamos perante um dilema. Diz-se que há estabelecimento, embora não goze de um lastro corpóreo mínimo. E diz-se que, mesmo assim, apesar do art. 1302.º CCiv, é, ainda, objecto deste direito de propriedade. Sentimos, por isso, algumas dificuldades em acompanhar esta teoria. Se não existir um lastro corpóreo mínimo, então não se deverá, porventura, falar em estabelecimento, pois que, como diz o senso comum, a empresa não estará estabelecida.

Dever-se-ia, a nosso ver, distinguir claramente a empresa do estabelecimento, no sentido de reconhecer a autonomia daquela em face deste. A empresa é uma coisa incorpórea (complexa). O estabelecimento, como parecem pressupor as normas legais que a ele se referem, radicar-se-á necessariamente num suporte material que concretize a empresa que o anima e lhe dá unidade. Assim, por ex., se a cessão de exploração de estabelecimento implica a locação de empresa, já no trespasse de estabelecimento não parece que seja obrigatória a transmissão da empresa. O trespasante poderá alienar aquele estabelecimento e conservar, ao mesmo tempo, a empresa. O trespasante adquirirá a propriedade daquele estabelecimento, incluindo o direito de utilização dos elementos que compõem a empresa que encarna, e que lhe conferem unidade e aptidão funcional. Todavia, em abstracto, nada obsta a que o trespasante conserve a titularidade da empresa, enquanto tal. A empresa apresenta-se, assim, como um ente virtual. E, todavia, nela repousa a “alma do negócio”. Um sinal distintivo juntamente com saber-fazer funcionalmente apto poderão gerar ou dar vida a uma série de estabelecimentos semelhantes. Será perfeitamente razoável que o trespasante de um estabelecimento não abdique da sua empresa, reservando-se a faculdade de a estabelecer de novo ou de a autorizar a terceiros. Isto poderá significar que a obrigação de entrega da coisa no caso de trespasse só imporá ao trespasante uma obrigação, como se diz, de não concorrência, se se provar que as partes quiseram transferir não apenas o estabelecimento mas também a empresa. Depois, para além do trespasse poderão ainda estipular cláusulas de exclusividade em

relação à exploração da empresa. Por outras palavras, se o trespasse implica necessariamente a transmissão do direito de exercer a empresa no estabelecimento cedido (pois que o estabelecimento sem empresa será um mero agregado inerte de bens, desprovido de composição organizatória ou “aptidão funcional”, isto é, não será estabelecimento de coisa nenhuma e por isso não será estabelecimento), já não encerra obrigatoriamente a transmissão da empresa enquanto tal. Esta, a nosso ver, deverá ser objecto de um outro negócio, por ex., de uma compra e venda de empresa em sentido próprio.

Por esta e outras razões, sentimos algumas dificuldades em sustentar a tese da propriedade sobre a empresa nos termos tradicionais. Sendo uma coisa incorpórea (complexa), a empresa é excluída do objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil (recordemos o art. 1302.º CCiv). Aliás, a tese da incorporeidade *sui generis*, nos termos da qual a empresa radicaria num lastro corpóreo mínimo (v. Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 190 s.), não visa, senão, conferir à empresa um mínimo de corporalidade para a considerar, impropriamente, coisa para efeitos do objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil, aproveitando-lhe, nessa medida, a respectiva disciplina. Parte-se do princípio de que a empresa, enquanto tal, não constitui um dos objectos dos direitos de propriedade intelectual regulados em “legislação especial”. Liga-se, assim, incindivelmente a empresa ao estabelecimento, não a autonomizando deste, e escreve-se que “o caso do estabelecimento mercantil constitui uma lacuna legislativa em matéria de direito das coisas, talvez pelo pressuposto de que essa matéria caberia ao futuro código do comércio. Só assim se explica a ressalva do art. 1303.º para a propriedade autoral e a para a propriedade industrial, onde [...] não se inscreve o estabelecimento ou empresa. Deste modo, foi uma grave leviandade ter-se restringido o âmbito da propriedade civil às coisas corpóreas, pois, além de não constituir qualquer risco para as propriedades *sui generis* (cujas regulamentação especial sempre primária sobre a regulamentação geral), a solução inversa obstará a que, como no caso do estabelecimento, se suscitassem dúvidas, enquanto a regulamentação especial não existe, sobre a aplicação aos bens em jogo de princípios que de nenhuma forma dependem da corporalidade e simplicidade do objecto: nomeadamente, os dos arts. 1305.º a 1315.º, inclusive com relevo para a reivindicação (mas também de outras regras, porventura, designadamente em matéria de acessão industrial).” (Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 200, em nota).

Todavia, em nosso juízo, esta “lacuna” referir-se-á à empresa e não ao estabelecimento, além de que não deveria ser integrada por analogia com a propriedade das coisas corpóreas, e, menos ainda, “forçando” a natureza incorpórea da empresa, predicando-a de *sui generis*, para lhe aplicar o regime daquelas, não a distinguindo do estabelecimento. Na realidade, como se reconhece, a empresa não carece de um “lastro corpóreo mínimo” para existir enquanto possível objecto de negócios. A analogia, a nosso ver, deveria ser procurada, primeiro, com os regimes das coisas incorpóreas nos direitos de propriedade intelectual, aos quais, de resto, é aplicável subsidiariamente o Código Civil. Isto é, o próprio Código Civil, apesar de regular apenas a propriedade sobre coisas corpóreas, permite a aplicação das suas regras a objectos da propriedade intelectual. E, será que a empresa, tal como a concebemos, como um coisa incorpórea complexa, mas pura, distinta do estabelecimento, não constitui objecto de um direito de propriedade intelectual? A nosso ver, a empresa, enquanto tal, é uma unidade jurídica, uma coisa incorpórea complexa que radica, em

ções de facto com valor económico, nomeadamente, as relações com clientes⁽³⁷⁹⁾), e, por via disso, a sujeição deste ao regime jurídico daquela. Sendo que, segundo esta orientação doutrinal, a empresa-estabelecimento seria uma “uma coisa imaterial (não pura), uma *“uma coisa incorpórea (complexa)”*, que “pode ser objecto do direito de propriedade (e de outros direitos reais)”, constituindo um objecto unitário de negócios, uma “unidade jurídica”⁽³⁸⁰⁾.

9. Não obstante, não parece razoável reduzir a empresa, pura e simplesmente, a um *saber-fazer capaz de aviamento*. Apesar da sinonímia, diríamos que o “estabelecimento não pode ser [...] reduzido a um dos seus elementos (mais a clientela); é algo de individualizável, com identidade própria”⁽³⁸¹⁾.

Tratar-se-á, em suma, de “uma organização ou de um sistema”, que “não é igual à soma dos seus elementos” e “possui individualidade e qualidades próprias,” sendo, portanto, razoável afirmar “a possibilidade da coexistência entre um direito de propriedade sobre o todo (o estabelecimento) e os direitos (de propriedade ou não) sobre as suas partes”⁽³⁸²⁾.

Significa isto que, mesmo que se trate de saber-fazer capaz de aviamento, traduzido, por exemplo, num sistema de comercialização de bens, tal saber-fazer não constituirá bem bastante para exprimir os valores de organização e de exploração da empresa, a ele não se reduzindo esta, portanto. No seu “lastro ostensivo” hão-de poder contar-se outros bens, *ainda que igualmente imateriais*.

Bens esses que confirmam *individualidade e identidade* própria à empresa,

última análise, em saber-fazer e sinais distintivos. É objecto de um direito de propriedade porque esse é o direito que protege os seus elementos nucleares. No regime da concorrência desleal, embora nisso não se esgote, será previsto um direito de propriedade intelectual sobre ela, *maxime* no que respeita aos segredos, que a nosso ver constituem seu elemento essencial (art. 260.º-*i* CPI): são, como diz o senso comum, “a alma do negócio”. Não obstante, aceitar isto implica compreender que os direitos de propriedade intelectual, para além de não terem coisas corpóreas por objecto, também não têm que corresponder ao conteúdo da propriedade corpórea. Vale isto por dizer que não deveremos prejudicar a figura dos direitos de propriedade intelectual a uma pré-compreensão dogmática informada pela propriedade tradicional das coisas corpóreas, quer ao nível do objecto, quer ao nível do conteúdo, uma vez entendida a ressalva normativa da aplicação a estas do regime definido para aquelas.

⁽³⁸¹⁾ Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade*, p. 58.

⁽³⁸²⁾ Coutinho de Abreu, *Curso*, p. 216.

⁽³⁸³⁾ Vide Nogueira Serens, *A tutela das marcas, passim* (sobre a “flexibilização do princípio da especialidade” em virtude da *geometria variável* do critério da “afinidade merceológica dos produtos”, sobretudo na *praxis* jurídica da tutela das “marcas célebres”

a saber: nomes e insígnias, marcas e, atento o fim económico-productivo da empresa, outros objectos da propriedade industrial (por ex., patentes, modelos de utilidade) e, de igual modo, objectos do direito de autor e dos direitos conexos. Sendo que a esses bens se ligam, de igual modo, em maior ou menor escala, certas situações de facto com valor económico. Pense-se, por exemplo, na importância de um sinal distintivo do comércio, *maxime* da marca — atentas as funções económicas que desempenha ⁽³⁸³⁾ — enquanto “factor de atracção” e fixação de clientela. Ademais, o caso típico do incêndio permite compreender que a empresa não se reduz ao saber-fazer, antes carecendo de outros elementos que lhe conferem individualidade e identidade próprias, como sejam, objectos da propriedade industrial, *maxime* sinais distintivos.

Com efeito, admite-se que “a empresa subsiste ligada tão somente aos sinais externos que a contradistinguem (sobretudo a firma) — e a um mínimo de organização interna que lhe assegure a retomada dos negócios” ⁽³⁸⁴⁾. Donde resulta, para terminar, que o saber-fazer, só por si, isoladamente considerado, não será suficiente para integrar o “âmbito mínimo” de bens que compõem o lastro de “valores ostensivos” da empresa. Valores estes que são necessários para exprimir os “valores de organização” e, sendo já o caso, de “exploração”, nos quais, a empresa, enquanto sistema mercantil se traduz.

Em suma, diríamos com o Prof. Coutinho de Abreu, que a empresa é uma “organização (...) que radica num complexo de elementos ou meios, através dos quais ela se exprime e torna reconhecível” ⁽³⁸⁵⁾. Dentro desses meios assumem especial importância o *saber-fazer capaz de aviamento* e objectos da propriedade industrial, em especial, os sinais distintivos do comércio. Sendo que, a empresa, assim caracterizada como *sistema mercantil*, se qualifica como coisa incorpórea (complexa), podendo, enquanto tal, ser objecto de direitos de propriedade e, ainda, por maioria de razão, de *direitos pessoais de gozo*.

§ 23. *POST SCRIPTUM I* — RESULTADOS E PERSPECTIVAS

e das “marcas de grande prestígio” e sua fundamentação, *maxime*, nos argumentos da “teoria da diluição”, v., ainda, Nogueira Serens, «*Vulgarização da Marca, passim*».

⁽³⁸⁴⁾ Ferrer Correia, ROA 1981, p. 22.

⁽³⁸⁵⁾ Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade*, p. 68.

1. No processo de adaptação do direito de autor ao novo paradigma tecnológico da digitalização e do multimedia, potenciado pela informática, têm convergido esforços a nível nacional e internacional, expressos em diversos documentos oficiais. Desses esforços resultaram os novos Tratados OMPI sobre direito de autor e direitos conexos.

A importância destes instrumentos normativos internacionais afirma-se em domínios que extravasam o próprio instituto, como sejam o comércio electrónico, os serviços de acesso condicional e o processo de convergência tecnológica das telecomunicações, audiovisual e informática. Precedeu-lhes o Acordo ADPIC da OMC, nos quais já se afirmava à escala internacional a protecção pelo direito de autor de obras informáticas, como sejam os programas de computador e as bases de dados.

Depois, para dar execução a esses Tratados foi apresentada a nível comunitário uma Proposta de Directiva que se propõe harmonizar certos aspectos nucleares do direito de autor e dos direitos conexos, como sejam, um direito amplo de reprodução, o direito de comunicação ao público, nele incluindo as transmissões interactivas a pedido, o direito de distribuição, incluindo o princípio do esgotamento, e, ainda, a protecção jurídica de sistemas técnicos de protecção e identificação resultantes de aplicações da tecnologia criptográfica (cifragem, assinatura digital) e da estenografia.

Proposta esta que surge na sequência de diversas medidas de harmonização comunitária do direito de autor e dos direitos conexos, como sejam as Directivas “programas de computador”, “bases de dados”, “satélite e cabo”, “duração”, e “aluguer e comodato”. Por seu turno, estas medidas correspondem, de um modo geral, ao programa de acção traçado no histórico Livro Verde 1988, na sequência do Acto Único Europeu e da jurisprudência comunitária que integrara os direitos de autor no âmbito do Tratado de Roma.

2. Não obstante, a Proposta agora apresentada não se destina apenas a regular o bom funcionamento do mercado único, antes se propõe equacionar o direito de autor como um instrumento político na construção da Sociedade da Informação. Sendo que, para o efeito, arranca de uma orientação que concebe este instituto como propriedade intelectual e propõe que esta seja considerada como fazendo parte do direito de propriedade. Constitui, portanto, uma proposta de harmonização da *vexata questio* em torno da natureza jurídica do direito de autor.

Os Autores divergem em torno desta questão. Desde as teorias clássicas até aos nossos dias, a qualificação do direito de autor no quadro da dogmática

jurídica do direito privado não tem merecido consenso. Entre nós, a tese da propriedade, ou da quase propriedade, é acolhida por boa parte da doutrina. Outros, porém, criticam essa orientação. Chega-se mesmo a propor uma categoria alternativa de direitos subjectivos para abranger os direitos que o nosso legislador denomina propriedade intelectual. Tratar-se-ia de direitos de exclusivo relativos a certas coisas incorpóreas.

Contudo, a propriedade intelectual do Código Civil introduz um elemento de fragmentaridade na conceptualização dos direitos de propriedade. Reserva o direito de propriedade para as coisas corpóreas, e remete para legislação especial o regime dos direitos de autor e da propriedade industrial, a que chama, genericamente, propriedade intelectual. A propriedade não seria assim definida pela natureza corpórea do objecto, nem sequer pela susceptibilidade de as coisas serem objecto de direitos privados. Na doutrina, as coisas do domínio público seriam objecto da propriedade pública, não sendo a propriedade, sequer, um arsenal exclusivo da doutrina privatística. Depois, a figura das coisas incorpóreas, apesar de ser tradicionalmente acolhida na doutrina, não é definida pelo legislador, senão actualmente para caracterizar as obras literárias e artísticas. Com isto torna-se necessário revisitar a noção legal de coisa, que não tem merecido o aplauso da maioria da doutrina. Parece haver uma série de coisas incorpóreas que constituem objecto de direitos de propriedade intelectual, previstos e regulados na legislação especial dos direitos de autor e da propriedade industrial.

Todavia, levanta-se o problema de saber que coisas são essas. Uma primeira dificuldade prende-se com o enquadramento sistemático dos direitos conexos, que parecem constituir um *tertium genus* entre o direito de autor e a propriedade industrial. Além disso, neste processo, tornam-se identificáveis outros tipos de bens imateriais, como sejam os “segredos de empresa”, que parecem constituir, também, objecto de direitos especiais.

Sendo que se põe o problema do sentido e alcance do fundamento constitucional da liberdade de criação cultural, desde logo no que respeita ao acolhimento de novos candidatos a protecção no seio do instituto dos direitos de autor por via de direitos conexos. Verifica-se, por outro lado, que, se a concessão destes direitos parece autonomizá-los do regime da concorrência desleal, já no seio desta encontram-se determinadas figuras que, embora não sejam formalmente autonomizadas, parecem gozar de natureza semelhante.

Acresce que o processo de adaptação do direito de autor ao novo paradigma da tecnologia informática parece apontar no sentido da convergência, em certos pontos, dos institutos tradicionais da propriedade intelectual, e, mesmo, de uma superação do dualismo de oitocentos. A fazer prova disso

estão, como analisaremos detalhadamente, as regras da descompilação de programas de computador, a protecção do conteúdo de bases de dados, a tutela jurídica de dispositivos tecnológicos de segurança e de gestão de direitos.

3. Em face de uma lógica tradicional de direito de autor, a utilização da expressão *sui generis* generaliza-se como denominador comum destas novas figuras trazidas pela informática. Um outro exemplo seriam as obras produzidas por computador, cuja protecção pelo direito de autor atingiria os fundamentos dogmáticos do instituto. Estas novas figuras, geradas no ventre da tecnologia informática, são fruto de uma outra lógica, que apesar de estar já presente na lei dos direitos de autor, não mostra directamente as suas feições, parecendo esconder-se ao olhar do intérprete.

E essa lógica é, claramente, a “lógica empresarial”. Figuras a que o regime da concorrência desleal poderia dar acolhimento, são enxertadas, pela certa, no instituto do direito de autor. O que era conexo e periférico, passa a ser, afinal, nuclear e central. A disseminação da “lógica empresarial” no tronco do instituto compreende-se tanto melhor quanto se dispõe de uma caracterização jurídica válida dessa entidade absorvente que é a empresa.

Empresa e direito de autor, eis os termos de uma relação, cuja íntima proximidade se evidencia progressivamente. Torna-se, por isso, necessário compreender o sentido, alcance e limites desta relação, que a tecnologia informática parece estreitar. Assim, como exemplo de reflexão, refira-se que, ao passo que os métodos operacionais e processos funcionais das artes tradicionais (por ex., dos escritores, pintores, escultores, músicos ou realizadores) não serão protegidos pelo direito de autor nem, ao que parece, por outros direitos privativos, o mesmo já não se poderá dizer em relação aos segredos dos programadores informáticos, que, como se diz, criam obras literárias. Juridicamente, a linha divisória entre empresa e não empresa parece-nos que, em larga medida, passa por aqui.



PARTE II

TRADIÇÃO E NOVIDADE EM DIREITO DE AUTOR

AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



CAPÍTULO 3.º

DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR

- § 24. Rumo e Referência aos Direitos Conexos
- § 25. Da Obra Literária e Artística
- § 26. Criações Multimedia
- § 27. Autoria e Titularidade
- § 28. Traços do Conteúdo do Direito de Autor
- § 29. Patrimonialidade e Direito de Utilização
- § 30. Pessoalidade e Direito Moral
- § 31. Temporalidade (Domínio Público Cultural) e Territorialidade
- § 32. Gestão (Colectiva) do Direito de Autor

AD OMNES
Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



§ 24. RUMO E REFERÊNCIA AOS DIREITOS CONEXOS

1. A nível internacional e comunitário, o processo de adaptação do direito de autor ao novo paradigma tecnológico conhece já uma fase adiantada. Na terceira parte deste trabalho analisaremos, pormenorizadamente, as principais medidas de harmonização comunitária adoptadas no domínio do direito de autor relacionadas com a informática. Daremos especial atenção ao regime jurídico dos programas de computador e das bases de dados. Distinguiremos, a este propósito, as regras de direito de autor propriamente ditas e os direitos especiais, também chamados *sui generis*, que se aproximam dos direitos conexos. Trata-se de direitos relativos à descompilação de programas de computador e a actos de extracção e re-utilização de partes substanciais do conteúdo de bases de dados.

Dando mais um passo, analisaremos a protecção jurídica de sistemas técnicos de protecção e identificação, procurando compreender os termos em que as aplicações criptográficas e estenográficas da tecnologia informática são postas ao serviço do direito de autor, e vice versa. Com efeito, se antes era questionável se a obra não seria apenas um “a propósito” do direito de autor, hoje pode perguntar-se, de igual modo, se o direito de autor não será apenas, ele próprio, um a propósito do “admirável novo mundo” da tecnologia.

Antes, porém, consideramos necessário analisar o regime jurídico do instituto nos seus traços fundamentais. Entre nós, encontra-se vertido *sub specie codicis*. Pelo que procederemos à descodificação do instituto, em ordem a compreender o seu código conceitual, bem como os princípios que o informam. Em causa estão categorias como o objecto, o sujeito e o conteúdo do direito de autor. Procuraremos saber, depois, em que termos o direito de autor codificado poderá responder aos problemas da informática, em ordem a apurar a sua capacidade de adaptação ao novo paradigma tecnológico.

Subjacente a esta problemática está aquela que interroga os fundamentos dogmáticos do instituto, e que é reposta em debate pelo legislador comunitário. Assim, por razões de enquadramento sistemático, faremos também, em nota, uma análise breve e tópica dos regimes de propriedade industrial.

É empresa complexa, a que nos propomos levar a cabo. Seguiremos o rumo traçado e que indica a linha de exposição. Primeiro, compreender o direito de autor, descodificando o instituto ao nível dos seus princípios fundamentais. Segundo, perguntar se contém respostas para os problemas da informática. Terceiro, analisar o que há de novo, e que se deve principalmente às medidas adoptadas pelo legislador comunitário, bem como aos tratados internacionais. Quarto, procurar descortinar o sentido da evolução do instituto, no seu processo de adaptação ao novo paradigma tecnológico, e ponderar a concepção dogmática que se lhe pretende imprimir. Serão estes, em suma, os passos que nos propomos percorrer.

2. Porém, antes de compreender o direito de autor, necessário se torna considerar, ainda que sucintamente, os direitos conexos. São duas figuras distintas, se bem que acolhidas e reguladas no mesmo Código: o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

Como refere Ulmer, “os direitos conexos (*verwandten Schutzrechte*) são de distinguir do direito de autor. Trata-se de uma construção conceitual e de uma diferenciação que se afirmou e instituiu no desenvolvimento das últimas décadas a nível nacional e internacional: ao lado da criação de obras estão prestações especiais, que se formaram no domínio cultural e que se provaram como necessitadas de protecção jurídica, a qual na sua configuração é mais ou menos relacionada com a protecção do direito de autor”⁽³⁸⁶⁾.

Tradicionalmente, os direitos conexos são estudados depois do direito de autor, a título complementar ou secundário, seguindo, aliás, a sistemática das legislações. Por isso se fala da atribuição de direitos conexos ao direito de autor. Não obstante, propomo-nos abordá-los, desde já, pois que, a nosso ver, uma análise prévia do regime destes direitos permitirá compreender melhor o direito de autor *qua tale*.

Trata-se uma figura de importância económica crescente. Com efeito, “basta pensar nos discos das execuções musicais para dar-se conta da enorme importância da protecção económica do executor no que respeita à própria interpretação”⁽³⁸⁷⁾. Sendo que trataremos apenas, por agora, aqueles que a

⁽³⁸⁶⁾ Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 15.

⁽³⁸⁷⁾ Ascarelli, *Teoria*, p. 845.

lei consagra no capítulo a eles relativo, e já não os que se encontram dispersos noutros lugares do Código, como sejam o direito ao espectáculo e o direito ao título da obra ⁽³⁸⁸⁾.

Refira-se a título preliminar, que a atribuição dos direitos conexos surgiu na sequência da problemática da aplicação dos direitos de autor a, então, “novos” processos de difusão de obras do espírito. Para além da cinematografia, que punha em causa a noção tradicional de autor, escrevia Desbois a propósito dos registos fonográficos, das emissões de radiodifusão e da televisão, que estas invenções “põem em causa a *definição dos direitos de reprodução e de execução pública*, é dizer o critério da reprodução ou da execução protegidas: pode-se, deve-se assimilar os discos aos documentos manuscritos, imprimidos ou dactilografados, e tratar como equivalente a uma execução pública a radiodifusão de uma representação ou de uma interpretação” ⁽³⁸⁹⁾?

Estas novas tecnologias da comunicação não afectavam apenas conceitos tradicionais do direito de autor, mas ameaçavam também outros interesses, como os interesses dos intérpretes de obras musicais ou dramáticas e os interesses das empresas de registos e da radiodifusão, no sentido de impedir, nomeadamente, a reprodução não autorizada de discos, e a difusão das suas emissões. Ainda com Desbois: “Daí o aparecimento de reivindicações, apresentadas no quadro dos *direitos conexos* aos direitos de autor”, ainda que distintas, porquanto “não é no mesmo sentido que todos estes pretendentes podem reivindicar a qualidade de *auxiliares da criação artística e literária*” ⁽³⁹⁰⁾.

Analisemos, então, esquematicamente os tipos de direitos conexos previstos e regulados na nossa lei, ao nível do sujeito, do objecto e do conteúdo. Importa fazer também uma breve referência a algumas regras comuns a estes direitos, e ao modo como se relacionam com o direito de autor ⁽³⁹¹⁾.

3. Para começar, importa referir que o objecto dos direitos conexos (típicos) não é uniforme, mas antes fragmentário. Por outras palavras, os direitos conexos não são “homogéneos, mas antes bastante diversos”,

⁽³⁸⁸⁾ Sobre estes direitos conexos “atípicos”, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 547, 590 s. (v., ainda, RDJ 1980, p. 91, ROA 1988, p. 15).

⁽³⁸⁹⁾ Desbois, *La propriété littéraire et artistique*, p. 132.

⁽³⁹⁰⁾ Desbois, *La propriété littéraire et artistique*, p. 150.

⁽³⁹¹⁾ Para uma análise mais desenvolvida, v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 543 s. (v., ainda, ROA 1978, p. 597, RJ 1986, p. 7).

distinguindo-se os que têm por objecto prestações artísticas pessoalmente cunhadas e os que têm por objecto prestações “empresariais-técnico-organizatórias” (392).

Assim, objecto de protecção destes direitos são, nos termos do art. 176.º, 1, prestações: por um lado, as “prestações artísticas” dos artistas intérpretes ou executantes; por outro, as “prestações empresariais” dos produtores de fonogramas, videogramas e filmes e dos organismos de radiodifusão. O regime dos direitos conexos apresenta determinadas especificidades que importa ter em conta.

A tutela dos direitos conexos em nada afecta a protecção dos autores sobre a obra utilizada (art. 177.º). Este princípio tem duas vertentes. Por um lado, significa que os sujeitos de direitos conexos devem obter as devidas autorizações dos respectivos titulares de direitos sobre obras protegidas pelo direito de autor quando as suas prestações incidam sobre elas. Assim, por exemplo, o produtor de videogramas ou fonogramas carece de autorização do autor da obra protegida para que possa realizar licitamente a sua fixação (art. 141.º, 1). Por outro lado, a atribuição de direitos conexos não depende da protecção da obra sobre a qual incide a prestação, nem sequer de constituir obra.

Assim, por exemplo, o artista intérprete ou executante obtém direitos conexos sobre a sua prestação mesmo que esta incida sobre uma obra caída no domínio público. Como nos diz o Prof. Oliveira Ascensão, “o artista é sempre tomado como o intérprete de uma obra literária ou artística; mas pode tratar-se de obra literária ou artística não protegida” (393). Um outro exemplo encontra-se na radiodifusão de acontecimentos políticos ou sociais, os quais, de *per se*, não constituem obras (394). Sendo que a lei atribui o direito conexo às entidades de radiodifusão independentemente de o programa radiodifundido ser ou não protegido pelo direito de autor enquanto obra audiovisual.

4. Em face da lei actual são três os sujeitos de direitos conexos,

(392) Schricker, in Schricker, *Urheberrecht*, Einl., p. 62.

(393) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 555.

(394) Porém, Rebello, *Introdução*, p. 115 (parecendo pronunciar-se no sentido de as prestações artísticas ou empresariais dos beneficiários de direitos conexos pressuporem “a existência de uma obra anterior, interpretada ou executada pelo artista, produzida pelo produtor, difundida pelo radiodifusor”).

correspondendo-lhes, respectivamente, três tipos de prestações que constituem objecto destes direitos.

Primeiro, os artistas intérpretes ou executantes, isto é, os actores, cantores, músicos, bailarinos e outros que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem de qualquer maneira obras literárias e artísticas (art. 176.º, 2). A prestação dos artistas intérpretes ou executantes consistirá, tipicamente, na representação, ou seja, na exibição perante espectadores de uma obra dramática, dramático-musical, coreográfica, pantonímica ou outra de qualquer natureza análoga, por meio de ficção dramática, canto, dança, música ou outros processos adequados, separadamente ou combinados entre si (art. 107.º). À representação são equiparáveis a recitação e a execução, ou seja, a recitação de uma obra literária e a execução por instrumentos ou por instrumentos e cantores de obra musical ou literário-musical (art. 121.º, 1).

O segundo grupo de sujeitos de direitos conexos são os produtores de videogramas, fonogramas e filmes, isto é, as pessoas singulares ou colectivas que fixam pela primeira vez os sons provenientes de uma execução ou quaisquer sons, ou as imagens de qualquer proveniência, acompanhadas ou não de sons (art. 176.º, 3, aplicável por extensão ao produtor de filmes). A prestação destes produtores consistirá, tipicamente, na fixação, ou seja, na incorporação de sons ou de imagens, separadas ou cumulativamente, num suporte material suficientemente estável e duradouro que permita a sua percepção, reprodução ou comunicação de qualquer modo, em período não efémero (art. 141.º).

Ao registo resultante da fixação, em suporte material, chama-se fonograma, quando se trate de fixação de sons provenientes de uma execução ou quaisquer outros, ou videograma, quando se trate de fixação de imagens, acompanhadas ou não de sons (art. 176.º, 4 e 5); este termo utiliza-se, ainda, para designar a cópia de filmes, isto é, obras cinematográficas, audiovisuais e toda e qualquer sequência de imagens, acompanhada ou não de sons⁽³⁹⁵⁾. Por seu turno, a fixação pode ser objecto de reprodução, isto é, de obtenção de cópias de uma

⁽³⁹⁵⁾ Art. 7.º, 4, Decreto-Lei n.º 332/97, 27-11.

⁽³⁹⁶⁾ Esta referência a uma parte significativa ou quantitativa da fixação permitirá aproximar o direito conexo do produtor de fonogramas e filmes ao direito *sui generis* do produtor de bases de dados relativo a partes substanciais do seu conteúdo, que adiante analisaremos. Por essa razão, sustentamos, também, que os actos de extracção e de reutilização poderão ser equiparados a conceitos tradicionais do direito de autor e dos direitos conexos, como reprodução e comunicação ao público. Por outro lado, como refere o Prof. Oliveira Ascensão, a “tutela dos produtores de fonogramas e de videogramas contra reproduções parasitárias é perfeitamente justificada”, sendo que “os mesmos efeitos

fixação ou de uma parte qualitativa ou quantitativamente significativa dessa fixação (art. 176.º, 7) ⁽³⁹⁶⁾, entendendo-se por cópia o suporte material em que se reproduzem sons ou imagens, separada ou cumulativamente, captados directa ou indirectamente de um fonograma ou videograma, e se incorporam, total ou parcialmente, os sons ou imagens nestes fixados (art. 176.º, 6).

Em terceiro lugar, os organismos de radiodifusão também beneficiam de direitos conexos. São as entidades que efectuam emissões de radiodifusão sonora ou visual. A prestação destas entidades consiste na emissão de radiodifusão, entendendo-se por radiodifusão a difusão de sons ou de imagens, separa ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite, destinada à recepção do público; sendo que a emissão de radiodifusão pode ser objecto de retransmissão, isto é, de emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão ⁽³⁹⁷⁾.

A prestação de emissão de radiodifusão abrange, portanto, a radiodifusão sonora ou visual, tanto directa como por retransmissão, por qualquer modo obtida, incluindo: 1.º a comunicação ao público por satélite ⁽³⁹⁸⁾, ou seja, o acto de introdução, sob controlo e a responsabilidade do organismo de radiodifusão, de sinais portadores de programas destinados a ser captados pelo público numa cadeia ininterrupta de comunicação conducente ao satélite

se obteriam com as regras da concorrência desleal” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 695). Não obstante — *et pour cause* —, isto significa que, para além da tutela específica dos direitos conexos, as prestações destas empresas serão, ainda, protegidas pelo regime da concorrência desleal (art. 212.º).

⁽³⁹⁷⁾ Art. 176.º, 9, 10. Distinguindo a emissão do programa por ela veiculado (“coisa incorpórea”) e, ainda, das obras que por ele possam ser comunicadas ao público, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 578-9 (“Como a electricidade, [a emissão] é uma realidade física, instrumentalmente captável embora não se revele aos sentidos. É assim uma coisa corpórea imaterial”). Ou seja, a emissão é equiparada à energia eléctrica no sentido da sua qualificação como coisa corpórea (v., ainda, Tavares, *Os princípios fundamentais*, II, p. 269-70; Menezes Cordeiro, *Reais*, I, p. 265; na jurisprudência, Ac. Rel. Coimbra, 24-2-1988, BMJ n.º 374, p. 545). Ora, entendendo-se que as coisas corpóreas, e só estas, constituem objecto de direitos reais (Oliveira Ascensão, *Reais*, p. 38-9), então põe-se o problema de saber se a emissão, enquanto coisa corpórea, poderá constituir objecto do direito da propriedade (corpórea). Sendo que a emissão de radiodifusão é a prestação empresarial que tipicamente constitui objecto do direito conexo dos organismos de radiodifusão. Em suma, para esta doutrina, não constituirá este direito conexo um direito real?

⁽³⁹⁸⁾ Isto é, por qualquer aparelho artificial colocado no espaço que permita a transmissão de sinais de radiodifusão destinados a ser captados pelo público (art. 3.º-b

e deste para a terra, se os meios de descodificação dos sinais forem postos à disposição do público pelo organismo de radiodifusão ou com o seu consentimento no caso de os sinais serem codificados; 2.º a retransmissão por cabo, ou seja, a distribuição ao público, processada de forma simultânea e integral por cabo, de uma emissão primária de programas de televisão ou rádio destinados à recepção pelo público ⁽³⁹⁹⁾.

A emissão de radiodifusão não se confunde, porém, com a comunicação da obra em qualquer lugar público por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons ou imagens, entendendo-se, para o efeito, por lugar público todo aquele a que seja oferecido o acesso, implícita ou explicitamente, mediante remuneração ou sem ela, ainda que com reserva declarada do direito de admissão (art. 149.º, 2 e 3). De igual modo, distingue-se da comunicação pública da obra radiodifundida, por altifalante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagens (art. 155.º). Mas, como veremos, todas estas formas poderão incluir-se na família de direitos unificados pela designação comunicação ao público.

5. Definidos os sujeitos e os objectos dos direitos conexos, importa considerar, seguidamente, o conteúdo destes direitos.

Em primeiro lugar, o direito conexo dos artistas abrange faculdades de natureza patrimonial e faculdades de natureza pessoal. Antes de analisar estas faculdades, deve referir-se, porém, que o artista só goza deste direito se a prestação não decorrer do exercício de dever funcional ou de contrato de trabalho (art. 189.º, 2); se decorrer, a prestação não é protegida ⁽⁴⁰⁰⁾.

Ora, as faculdades patrimoniais consistem no poder de impedir, em certos termos, os actos de radiodifusão ou de comunicação ao público, de fixação e de reprodução de fixação das suas prestações, quando praticados sem o seu consentimento. Porém, a autorização para radiodifundir implica, em princípio, a autorização para fixação e posterior radiodifusão e reprodução dessa fixação, bem como para a radiodifusão de fixações lícitamente realizadas por outro organismo de radiodifusão. Depois, o artista tem, ainda, direito a uma remuneração suplementar, cujos montantes estabelecidos são irrenunciáveis, pela nova transmissão, pela retransmissão por outro organismo de

Decreto-Lei n.º 333/97, 27-11).

⁽³⁹⁹⁾ Art. 3.º-*a/b* e art. 4.º Decreto-Lei n.º 333/97, 27-11.

⁽⁴⁰⁰⁾ Neste sentido, e criticando a solução legal, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 558 (“Nenhum motivo há para abandonar o artista quando tem uma subordinação institucional permanente a outra entidade. [...] Neste caso a prestação não é protegida

radiodifusão e pela comercialização de fixações obtidas para fins de radiodifusão, se estas operações forem realizadas sem estarem previstas no contrato inicial (art. 179.º).

Além disso, o artista tem o direito de distribuição, incluindo os direitos de aluguer e comodato, relativamente à fixação da sua prestação⁽⁴⁰¹⁾. Direito este cuja cessão ao produtor de filme é, salvo disposição em contrário, presumida em virtude de celebração de um contrato de produção de filmes entre artistas intérpretes ou executantes e o produtor, sem prejuízo do direito irrenunciável a uma remuneração equitativa pelo aluguer.

Por seu turno, as faculdades de natureza pessoal consistem no direito de ser identificado, em princípio, em toda a divulgação de prestação (art. 180.º), bem como, ainda, na ilicitude das utilizações que desfigurem uma prestação, que a desvirtuem nos seus propósitos ou que atinjam o artista na sua honra ou na sua reputação (art. 182).

Em segundo lugar, o direito conexo dos produtores de fonogramas, videogramas e filmes consiste no poder de autorizar (art. 184.º, 1, 3): 1.º a reprodução e a distribuição ao público de cópias dos mesmos, incluindo o aluguer e o comodato, bem como a respectiva importação ou exportação; 2.º a difusão por qualquer meio e a execução pública dos mesmos. Além disso, o produtor tem direito, juntamente com os artistas intérpretes ou executantes, a uma remuneração equitativa, a pagar pelo utilizador, em virtude de utilização por qualquer forma de comunicação pública de fonograma ou videograma editado comercialmente ou de reprodução dos mesmos⁽⁴⁰²⁾. De referir que os fonogramas ou videogramas devem conter identificação do ano da primeira publicação e do produtor (art. 185.º).

Em terceiro lugar, o direito conexo dos organismos de radiodifusão consiste no direito de autorizar ou proibir (art. 187.º): 1.º a retransmissão das suas emissões por ondas radioelétricas; 2.º a fixação em suporte material das suas emissões, sejam elas efectuadas com ou sem fio; 3.º a reprodução da

[...]. O que é um resultado muito insatisfatório.”)

⁽⁴⁰¹⁾ Arts. 7.º, 1-a, 8.º, Decreto-Lei n.º 332/97, 27-11.

⁽⁴⁰²⁾ [!] É caso para dizer, numa abordagem crítica de política legislativa: “Infelizmente, as nossas estruturas políticas são inermes perante o fascínio dos interesses organizados. Não representam o público, representam a pressão empresarial contra o público. [...] Sob o disfarce dos direitos intelectuais, a única lógica é esta: quem mais ganha, recebe o direito de ganhar ainda mais. [...] É muito típico da hipocrisia do Direito de Autor moderno: funda-se tudo no carácter sagrado da criação do autor, mas afinal é ao produtor que a tutela cada vez mais se dirige.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*,

fixação das suas emissões; 4.º a comunicação ao público das suas emissões, quando essa comunicação é feita em lugar público e com entradas pagas. Porém, o distribuidor por cabo que se limita a efectuar a retransmissão de emissões de organismos de radiodifusão não está sujeito a estas regras (art. 187.º, 2).

6. Por outro lado, os direitos conexos, apesar de terem sujeitos, objectos e conteúdos distintos, estão sujeitos a algumas disposições comuns. Assim, para além do uso privado, os direitos conexos são também limitados por certas utilizações livres, como sejam, por ex., os excertos de prestações para fins de informação ou crítica, a sua utilização para fins exclusivamente científicos ou pedagógicos, bem como, ainda, os demais casos em que a utilização da obra é lícita sem o consentimento do autor (art. 189.º, 1).

No que respeita à duração, os direitos conexos caducam, em princípio, 50 anos após a realização da prestação (representação, fixação e emissão). Se, porém, durante o decurso deste prazo forem objecto de publicação ou comunicação lícita ao público uma fixação da representação ou execução do artista intérprete ou executante, o fonograma, o videograma ou o filme protegidos, o prazo de caducidade contar-se-á, então, a partir desses factos.

Para terminar, são definidos certos requisitos de protecção, que se destinam a estabelecer a conexão com a ordem jurídica portuguesa e comunitária (art. 190.º) e é estabelecida uma presunção de anuência que permite ao interessado, em certos termos, fazer a utilização pretendida se caucionar o pagamento de remuneração (art. 191.º). Prevê-se, ainda, que os modos de exercício dos direitos conexos sejam regidos, *mutatis mutandis*, pelas disposições sobre os modos de exercício dos direitos de autor (art. 192.º).

§ 25. DA OBRA LITERÁRIA E ARTÍSTICA

1. A análise, ainda que breve, do regime específico dos direitos conexos, tornará possível distingui-los, com rigor, do direito de autor propriamente dito, quer quanto ao objecto, ao sujeito, e ao conteúdo. Vamos, agora, abrir o processo de descodificação do direito de autor começando pela noção de obra, isto é, pelo objecto deste direito. E, desde logo, um problema que põe nesta sede é o de saber se abrange as criações informáticas, como sejam os programas de computador, as bases de dados electrónicas, as obras geradas por computador e as chamadas obras multimedia.

As obras constituem o objecto do direito de autor, pelo que importa

saber o que é obra para efeitos de regime jurídico. O Código define-as como as “criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas” (art. 1.º, 1), dispondo que gozam de protecção “quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo” (art. 2.º, 1).

Não obstante serem propostas diversas noções alternativas ⁽⁴⁰³⁾, podemos dizer que se trata de uma noção geral de obra, que é ilustrada através de um *elenco exemplificativo* de diversas espécies de criações intelectuais susceptíveis de concretizarem a definição de obra, como sejam, os textos literários, as composições musicais, os filmes, as esculturas, as ilustrações e cartas geográficas, as paródias literárias e musicais, etc. Trata-se, portanto, de um catálogo aberto de exemplos de obras que poderão ser protegidas se cumprirem os requisitos de protecção ⁽⁴⁰⁴⁾.

Exige-se que se trate de criações intelectuais no domínio da literatura, da ciência e da arte. São, portanto, amplos e variados os domínios da criação espiritual cobertos pelo direito de autor. Mas atente-se que a noção de obra é um “conceito normativo”, no sentido de que não está em causa saber se a cria-

p. 570-1).

⁽⁴⁰³⁾ Dentro das noções propostas, há as que se ligam mais ao modelo legal e as que o transcendem. Exemplo das primeiras são as de Luiz Francisco Rebello: 1.ª — “Para efeitos do Direito de Autor, obra é uma criação do espírito humano, de natureza literária, artística ou científica, exteriorizada numa determinada forma”; 2.ª — “bem intelectual ou coisa incorpórea [...], como produto original de um trabalho intelectual criativo (com exclusão, portanto, do trabalho puramente técnico ou mecânico) no domínio literário, artístico ou científico, exteriorizado numa forma original que exprime a personalidade do seu autor” (Rebello, *Introdução*, p. 64, 102). Exemplo das segundas é a do Prof. Orlando de Carvalho: “Obra é um conjunto subjectivamente organizado mas objectivamente expresso de sinais comunicativos que, pela sua presumida dignidade artística ou científica, é susceptível de exploração económica”. (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 540).

No direito comparado, refiram-se, como exemplos de noções legais de obra, a constante da nova lei suíça, nos termos da qual “Obras são, independentemente do seu valor ou fim, criações intelectuais da literatura e da arte, que têm carácter individual” (Art. 2. URG: “Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben.”). Pode referir-se, de igual modo, a lei japonesa, que define a obra como “uma produção na qual pensamentos ou sentimentos são expressos de modo criativo e que integra o domínio literário, científico, artístico ou musical” (Art. 2.(1)(i) “Copyright Law — Chosakuken po”: “work” means a production in which thoughts or sentiments are expressed in a creative way and which falls

ção intelectual cumpre os requisitos de uma pressuposta concepção de literatura ou de arte. E assim é, desde logo, porque estas palavras, “por definição”, escapam a qualquer tentativa de conceptualização, além de que tais tentativas de definição de literatura e de arte apenas poderão gerar paradoxos linguísticos deste tipo.

A determinação normativa da noção de obra põe em causa apenas o problema de saber se se trata, em concreto, da exteriorização de uma criação intelectual, no sentido de forma (original) de expressão literária ou artística. E, formas de expressão literária ou artística, são as que resultam, por ex., da escrita, do desenho e da pintura, da escultura.

Isto significa que o critério que o Prof. Ferrer Correia propõe no domínio dos objectos de arte deverá valer, *mutatis mutandis*, neste domínio: “Há várias noções de cultura e de arte e todas elas comportam uma parte de apreciação subjectiva. Para mais, o conceito de arte está em plena evolução e seria impossível moldá-lo numa fórmula verbal rígida. Por conseguinte, vale mais deixar as coisas um pouco no vago, tanto mais porquanto, na generalidade dos casos, a natureza de objecto de arte de tal ou tal coisa não dá lugar a dúvidas relevantes. Como objecto de arte será considerado todo aquele que entrar nesta categoria segundo as ideias correntes no país e no momento em que a questão se ponha” (405).

Por outro lado, a noção de obra é ilustrada mediante um catálogo de exemplos de forma de expressão dos domínios literário, artístico e científico. Não obstante, embora seja bastante extenso, o catálogo não tipifica taxativamente as espécies de criações intelectuais susceptíveis de gozarem de protecção, limitando-se a ilustrar, mediante enumeração não exaustiva de exemplos — nem sempre rigorosos —, a noção geral de obra.

Sendo que, em termos de técnica legislativa, não estaremos, sequer, em face de “exemplos-padrão”, mas antes em face de um conceito geral e indeterminado, de concretização complexa e aberta, como resulta, desde logo, da utilização do termo “nomeadamente”. Isto significa que, apesar de os programas de computador, as bases de dados, as obras geradas por computador e as chamadas criações multimedia não constarem do catálogo, tal não impediria que pudessem constituir obras para efeitos de protecção, enquanto *obras inominadas* (406).

within the literary, scientific, artistic or musical domain” — trad. de Oyama *et al.*, CRIC).

(404) Cfr. Schricker, in Schricker, *Urheberrecht*, Einl., p. 53-4.

(405) Ferrer Correia, *A venda internacional de objectos de arte*, p. 17.

(406) Cfr. Loewenheim, in Schricker, *Urheberrecht*, § 2, p. 116. Veja-se, agora, em segunda edição, Loewenheim, in Schricker, *Urheberrecht*, § 2, 2. Aufl., p. 51 ss.

(407) Rebello, *Código Anotado*, p. 48, *Introdução*, p. 72-3 [v., ainda, *Protecção Jurídica*

2. Relativamente aos programas de computador, essa tese foi sustentada entre nós ⁽⁴⁰⁷⁾, tendo sido acolhida pela jurisprudência ⁽⁴⁰⁸⁾. Todavia, essa tese não era consensual, considerando a doutrina que o Código poderia ajudar a resolver a questão da protecção dos programas de computador, sem, todavia, se pronunciar sobre a sua qualificação ⁽⁴⁰⁹⁾.

Mas deve-se ao Prof. Oliveira Ascensão, entre nós, desde cedo, a rejeição dessa orientação, com o argumento de que no desenvolvimento dos programas de computador não existiria a margem mínima de criatividade necessária para a existência de obra protegida pelo direito de autor. Por isso sustentava que

dos Programas de Computador, Memórias da Academia de Ciências de Lisboa, XXIII, 1983, p. 201 s.]; Gonçalves, *Direito da Informação*, p. 49-50.

⁽⁴⁰⁸⁾ Ac. Rel. Lisboa, 26-4-94, CJ XIX, II, p. 130 (“I — Os direitos de autor de programas de computador, como criação intelectual, estão titulados pelo Código dos Direitos de Autor.”).

⁽⁴⁰⁹⁾ Pinto Monteiro, BFD 1993, p. 13 (“Quant à la protection des programmes d’ordinateur («software»), le code du droit d’auteur et des droits voisins est un des textes qui pourra aider à résoudre cette question.”)

⁽⁴¹⁰⁾ Oliveira Ascensão, ROA 1990, p. 69 s., *Direito de Autor*, p. 75 s., 473 s. (“a fórmula do programa de computador, como expressão obrigatória dum processo, não é obra literária, e escapa por isso à tutela pelo Direito de Autor.” — p. 78-9; v., ainda, RJ 8/1986, p. 11). Acresce que, no entender do Prof. Oliveira Ascensão, quer o direito das patentes, quer o regime da concorrência desleal, não seriam vias adequadas de tutela dos programas de computador. Sobre a difícil patenteabilidade dos programas de computador: *Direito Industrial*, p. 40 (“Também parece difícil a integração no direito industrial, não se vendo como poderá haver patente relativa a um programa. Desde logo porque falta a industriabilidade do programa. Mesmo quando o programa se destina a um processo produtivo, o programa não é esse processo produtivo. Falta assim um dos requisitos para a tutela, em termos de patente de invenção”); e, sobre a inadequação do regime da concorrência desleal neste sector, *Concorrência Desleal*, p. 125-7 (“a concorrência desleal poderia no máximo ser útil para tutela de programas de computador enquanto reprima a comercialização de programas que reproduzam programas alheios. Fora disso, não tem significado para este sector.”).

Note-se, a este propósito, que no seu relatório sobre o direito de autor e as novas tecnologias em Portugal, Vilhena de Carvalho refere que o Prof. Oliveira Ascensão terá sustentado, em 1985, que, segundo a lei brasileira, o programa de computador seria, enquanto criação de espírito, uma obra intelectual, nos termos do art. 6.º da Lei n.º 5988, sendo, nessa medida, coberto por um direito de autor com regime idêntico ao de todas as obras de expressão linguística (v., “Programa de computador e direito autoral”, in *A protecção jurídica do software*, Forense, Rio de Janeiro, 1985, p. 93, *apud* Vilhena de Carvalho, *Portugal*, p. 240). A ser assim, a noção de obra literária do direito autoral brasileiro seria diferente da noção vigente entre nós, pois que a natureza dos programas

a Directiva Programas de Computador fosse transposta através de um regime especial ⁽⁴¹⁰⁾.

Orientação esta que o nosso legislador terá perfilhado, dispondo que: “Aos programas de computador que tiverem carácter criativo é atribuída protecção análoga à conferida às obras literárias” ⁽⁴¹¹⁾. Pouco antes de este diploma ter entrado em vigor, a jurisprudência pronunciou-se no sentido de que os programas de computador gozam de protecção penal uma vez que

de computador dificilmente mudaria. A questão seria, pois, problemática, tanto mais que Brasil e Portugal eram partes da Convenção de Berna, no Acto de Paris de 1971, o Brasil desde 20 de Abril de 1975 (tendo aderido à Convenção em 9 de Fevereiro de 1922), e Portugal desde 12 de Janeiro de 1979 (tendo aderido à Convenção em 29 de Março de 1911).

Mas, como diz Dworkin, actualmente, “uma pessoa que se proponha apresentar a uma audiência informada um relatório sobre *software* tem que deparar com a inevitável reacção: not another one!” (Dworkin, *Copyright, Patents and/or Sui Generis?*, p. 165). Na verdade, sobre esta questão, permita-se-nos a metáfora, “escreveram-se rios de tinta”. E a verdade é que, não obstante a consagração do direito de autor a nível internacional (OMC, OMPI) e comunitário, e, quase sem excepção, a nível nacional, como via principal de protecção jurídica do *software*, a questão não está encerrada. Pode mesmo dizer-se, inclusivamente, que apesar da euforia em torno das palavras multimedia e Internet, a questão dos programas de computador estará reaberta (v. Samuelson/Davis/Kapor/Reichman, Columbia LR 1994, p. 2308, defendendo e propondo um regime *sui generis*). Por um lado, são as decisões dos tribunais estadunidenses que, partindo da dicotomia ideia/expressão, tornam o *copyright* pouco prestável neste domínio. Por outro lado, são as práticas dos organismos competentes que se mostram, em certos termos, tendencialmente mais favoráveis à concessão de patente. Mas, é a própria tecnologia digital que torna possível a pretendida protecção dos segredos imbuídos nos programas (v. Cohen, California LR 1995, p. 1091). Ao que acrescem as novas regras de direito de autor adoptadas a nível internacional destinadas a actuar preventivamente.

Depois, actualmente, é razoável dizer que o direito de autor é proposto como um instrumento de repressão da criatividade informática. E tudo isto porque se decidiu proteger os programas de computador pelo direito de autor. Senão vejamos. Por um lado, os programas de computador são considerados obras literárias. Por outro, os dispositivos que permitem a supressão de sistemas técnicos de protecção dos programas também são programas de computador. Só que, nos termos da Proposta comunitária, será ilícita, em certos, a produção daqueles dispositivos de deciptação, decifragem ou descodificação. Assim sendo, para proteger determinadas obras literárias, reprime-se a produção e comercialização de outras. E tudo isto porque os programas de computador são considerados obras literárias, aliás, à escala global. Tal situação está contemplada, na nossa lei, a qual, porém, não qualifica os programas de computador como obras literárias, dizendo que se trata apenas de figuras análogas.

⁽⁴¹¹⁾ Art. 1.º, 2, Decreto-Lei n.º 252/94, 20-10.

são “criações intelectuais no domínio científico” ⁽⁴¹²⁾.

Tutela penal essa que era expressamente prevista em determinados tipos de crime previstos pela Lei da Criminalidade Informática, a qual define o “programa informático” como “um conjunto de instruções capazes, quando inseridos num suporte explorável em máquina, de permitir à máquina que tem por funções o tratamento de informações indicar, executar ou produzir determinada função, tarefa ou resultado” ⁽⁴¹³⁾.

Ora, como veremos, o legislador comunitário estabeleceu um regime dualista de protecção dos programas de computador: por um lado, protege a sua forma de expressão, na medida em que seja original, pelo direito de autor, enquanto obra literária; por outro, protege informações do seu conteúdo funcional (os algoritmos ou processos utilizados no seu desenvolvimento) através de um direito específico contido nas regras de descompilação e que se aproxima,

⁽⁴¹²⁾ Ac. Rel. Lisboa, 12-10-94, CJ XX, IV, p. 110 (“III — Os programas de computador, visto que são criações intelectuais no domínio científico, gozam de protecção penal na ordem jurídica portuguesa”).

⁽⁴¹³⁾ Art. 2.º-c Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto. Em razão de não serem então claramente definidos os termos da protecção jurídica dos programas de computador, o art. 9.º desta Lei foi objecto de críticas por ser tal “tecnicamente incorrecto” (Rebello, *Alterações*, p. 159, em nota, embora, na opinião do A., tal fosse justificável “por razões de ordem prática, em face do elevado índice de ‘pirataria’ verificado no sector da informática.”), tendo sido mesmo proposta sua revogação (Lourenço Martins, *Protecção jurídica do software*, p. 93).

⁽⁴¹⁴⁾ Como veremos, este direito específico assemelha-se a um dos exemplos de actos de concorrência desleal: “a ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos da indústria ou comércio de outrem” (art. 260.º-i CPI). Por isso pode pôr-se o problema de saber se a repressão dos actos de transmissão ou de utilização para outros fins, que não de interoperabilidade, de informações obtidas mediante descompilação de programa de computador, deverá ser integrada, em concreto, pela cláusula geral da concorrência desleal. Uma outra questão de âmbito mais geral está em saber se o regime da concorrência desleal, para além de conceder uma tutela lateral ou complementar a objectos da propriedade industrial (por ex., as marcas: v., neste sentido, Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, I, p. 250), não atribuirá, também, uma forma de propriedade intelectual, que não da propriedade regulada no Código Civil, relativamente a determinados bens imateriais, como sejam o saber-fazer e a empresa. O Acordo ADPIC da OMC aponta nesse sentido em relação aos “trade-secrets”, incluindo-os juntamente com o “direito industrial” e o “direito de autor” e direitos conexos, no *gurgite vasto* da propriedade intelectual. Não poderemos tratar aqui exaustivamente o problema, embora nos inclinemos para a resposta afirmativa.

Não obstante — *et pour cause* —, interessa referir que o saber-fazer constitui objecto de diversos tipos de acordos de extrema importância no universo da *praxis* negocial. Prova

disso mesmo fazem certos Regulamentos comunitários [v. Regulamento (CEE) n.º 4087/88 da Comissão, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do n.º 3 do art. 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de franquia, JO L 359/46, 28-12-88, cuja aplicação foi expressamente afastada relativamente a certas categorias de acordos de distribuição de distribuição e de serviço de venda e pós-venda de veículos automóveis pelo Regulamento (CE) n.º 1475/95 da Comissão, de 28 de Junho de 1995, a eles relativo; e Regulamento (CE) n.º 240/96 da Comissão, de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do n.º 3 do art. 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia, JO L 31/2, 9-2-96, que revogou o Regulamento (CEE) n.º 556/89 da Comissão, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do n.º 3 do art. 85.º do Tratado CEE a certas categorias de acordos de licença de saber-fazer, JO L 61, 4-3-89].

Ora, os Regulamentos Franquia e Tecnologia (v., respectivamente, arts. 1.º-*ffghli*, e 10.º, 1 a 4) caracterizam em termos pormenorizados o saber-fazer, que definem como um conjunto, ora de conhecimentos práticos não patenteados, decorrentes da experiência do franquizador, ora como um conjunto de informações técnicas, que são secretas, substanciais e identificáveis. Sucintamente: o carácter secreto significa que o saber-fazer, enquanto conjunto globalmente considerado ou na configuração e montagem dos seus componentes, não é do conhecimento geral ou de fácil acesso, não se exigindo, porém, que cada componente individual seja totalmente desconhecido ou não susceptível de obter fora da empresa do licenciante; o carácter substancial significa que o saber-fazer deve abranger informações úteis, em termos de poder razoavelmente esperar-se, à data da conclusão do acordo que sejam susceptíveis, por ex., de melhorar a posição concorrencial do licenciado, ajudando-o a penetrar num novo mercado (dentro dessas informações deverão contar-se, no caso da franquia, métodos de negociação com clientes e de gestão financeira); por último, o carácter identificável significa que o saber-fazer deve ser descrito ou expresso num suporte material de modo a tornar possível verificar se, nomeadamente, preenche os critérios de segredo e de substância.

Em face desta caracterização seríamos tentados a perguntar se o saber-fazer não poderia ser protegido pelo direito de autor. Na verdade, confrontando-a com a noção de obra proposta pelo Prof. Orlando de Carvalho (*v. supra*), porventura só a presumível dignidade científica lhe faltaria. O que, aliás, seria reversível, uma vez que essa dignidade seria apenas de presumir. Não obstante, sentimos algumas dúvidas em admitir que o saber-fazer possa ser protegido como obra pelo direito de autor. Assim é, porque dificilmente haverá criatividade ao nível da expressão dessas informações, ainda no que respeita à sua forma sequencial ou estrutura, mesmo que se quisesse proteger como base de dados. A publicação e o carácter utilitário ou funcional da obra não constituem, respectivamente, requisitos positivos ou negativos de protecção pelo direito de autor. Todavia, o saber-fazer consistirá, por definição, em meros “esquemas de acção”, em que a forma se confunde com processos funcionais ou métodos operativos contidos na sua expressão, que por isso é “servil”. Por outro lado, a natureza secreta do saber-fazer, cuja divulgação é restrita a um círculo reservado de utilizadores, obsta a que se pretenda obter uma tutela pelo regime das patentes, se é que não seria excluída enquanto “apresentações de informação” (art. 48.º, 1, CPI). O saber-fazer, que constitui um bem imaterial de fundamental importância económica, não seria, portanto, protegido pelos

regimes tradicionais de “propriedade intelectual”. O que, aliás, poderia levantar o problema da nulidade dos negócios que o tivessem por objecto em razão da sua impossibilidade legal (art. 280.º, 1, CCiv). Porém, essa impossibilidade não se dá, uma vez que o saber-fazer pode ser objecto de relações jurídicas, sendo, por isso, de acordo com o critério legal, uma coisa.

Na verdade, pondo de parte os Regulamentos comunitários, a lei protege o saber-fazer, enquanto segredo da indústria ou comércio, contra actos de ilícita apropriação, utilização ou divulgação que sejam praticados contrariamente às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade, punindo-os criminalmente se houver intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo (art. 260.º-*i* CPI). Trata-se o saber-fazer de uma coisa incorpórea, que nem está no domínio público, nem é, por sua natureza, insusceptível de apropriação individual, podendo, por isso, ser objecto de direitos privados, ou seja, não é uma *res extra commercium*. Não obstante, para além da deslealdade do acto de concorrência nos termos da cláusula geral, a lei fala em ilícita apropriação, utilização ou divulgação: “O que significa que se exige uma dupla ilicitude, a do acto de apropriação, etc., e a ilicitude final oriunda da concorrência desleal.” (Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p. 134). Parece assim que para constituírem concorrência desleal tais actos terão que, primeiramente, ser ilícitos. Ou seja, a protecção do saber-fazer não resultaria, em primeira linha, da norma da concorrência desleal, que a pressuporia, mas antes de um qualquer outro regime.

Mas, então, não havendo esse outro regime, como poderia o saber-fazer ser objecto de relações jurídicas, *maxime* negociais? Pense-se no seguinte exemplo: um cozinheiro “inventou” uma receita que proporciona a vantagem concorrencial de uma rede de restaurantes; essa receita não seria protegida pelo direito de autor na medida em que se tratasse de um mero “esquema de acção” (método operacional ou processo funcional); também não seria protegida pelo direito das patentes desde logo porque isso seria contrário à “alma do negócio”; então, que direitos teria o cozinheiro relativamente a esse saber fazer para autorizar e/ou proibir a sua utilização por outrem?

Na vigência do Código anterior, Justino Cruz dera já conta do problema, ainda que não o tivesse resolvido, pois não diz quando o segredo é licitamente obtido (Justino Cruz, *Propriedade Industrial*, p. 383-4: “Deve observar-se que a conduta do concorrente a que se refere o n.º 9.º do presente art. 212.º só é punível na medida em que seja *ilícita*. A utilização de um segredo licitamente obtido não constitui um acto de concorrência desleal.”). Deve-se ao Prof. Oliveira Ascensão um tratamento mais demorado do problema. Distinguindo o “saber-fazer”, como “o conjunto de conhecimentos técnicos que são necessários para dar vida a uma ideia empresarial”, dos “segredos de empresa”, considerava que: “Em abstracto, é pois admissível um direito privativo que recaia sobre aquelas realidades. [...] É ainda necessário que a lei o crie [...] Não há, sem dúvida, nenhum direito específico”; depois, em face do anterior art. 212.º, 9.º, CPI, considerava que “daí não se segue que os segredos tenham passado a ser bens protegidos”; nessa medida, parece que o requisito da ilicitude estaria consumido no próprio acto de concorrência desleal, pois sustentava que “a qualificação de ilicitude se deverá referir, não aos meios empregados, o que seria pouco, mas ao próprio acto de apropriação ou utilização” (Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, p. 292, 295, 298). Este entendimento seria reafirmado posteriormente.

Considerando que bastaria “a verificação da ilicitude em qualquer dos momentos para que o tipo possa funcionar”, sustentava o Prof. Oliveira Ascensão que “o art. 212/9.º CPI não tutela um direito privativo, porque não há propriamente um direito intelectual ao segredo. [...] do que dissemos resulta que não há tutela específica do segredo comercial ou industrial na nossa ordem jurídica portuguesa. / Não há nomeadamente um direito privativo”; tratar-se-ia apenas de mais um exemplo de actos de concorrência desleal, a qual constituiria um “crime de mera actividade”, não um crime de perigo, mesmo abstracto, pois o desvalor da acção seria suficiente para a reacção legal, apesar da fluidez constitucional da norma, já antes apontada pelo Prof. Orlando de Carvalho, considerada “extremamente imprecisa” (Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p. 34, 78, 135, 145, 240, 291-6).

Todavia, esta posição quanto à protecção dos segredos de empresa seria posteriormente reponderada, pronunciando-se o Prof. Oliveira Ascensão no sentido para o qual nos inclinamos. Nas suas palavras, “o n.º 9.º também não se refere necessariamente a actos de concorrência. / A lei pretende assim tutelar o próprio segredo de indústria ou comércio, suprindo a lacuna da ordem jurídica portuguesa na matéria. Mais uma vez, dentro da indistinção da época, a concorrência desleal é aproveitada para englobar conteúdos que não caberiam noutros lugares. Mas se o n.º 9.º é independente do acto de concorrência, também seguramente é indiferente à violação de «normas e usos honestos». [...] Tudo isto nos leva a pôr crescentemente em dúvida a integração do tipo do n.º 9.º na concorrência desleal. Isto sem prejuízo, evidentemente, de a violação de segredos poder consubstanciar concorrência desleal; mas então por força do proémio e não do n.º 9.º, e portanto, neste âmbito, sem consequências penais. / O n.º 9.º vem assim corresponder a previsões estrangeiras de tutela de segredos de comércio ou indústria, como a do § 17.º da lei alemã” (Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p. 294). Refira-se, ainda, que, recentemente, num estudo destinado a testar a figura da *Leistungswettbewerb* da doutrina germânica, enquanto princípio densificador da cláusula geral da concorrência desleal, o Prof. Oliveira Ascensão, referindo-se ao art. 260.º-i, CPI, considerou que: “Representa o preceito mais genérico sobre violação de segredos de negócios da lei portuguesa, que é todavia apresentado como uma modalidade de concorrência desleal[, sendo] claro que assenta numa violação do princípio da prestação” (Oliveira Ascensão, *O princípio da prestação*, p. 21, e *passim*). Ou seja, parece assim que o entendimento de que o regime da concorrência desleal contém um direito específico destinado a proteger os “segredos de empresa” tem acolhimento ao nível da nossa doutrina superior, não sendo, portanto, irrazoável o sentido interpretativo para o qual nos inclinamos. Outra questão será saber se, conceptualmente, se trata de um direito de exclusivo ou antes de uma forma de propriedade intelectual.

Numa breve abordagem de direito comparado, constatamos que, enquanto uns negam a tutela geral mediante um direito absoluto dos segredos enquanto tais (Ascarelli, *Teoria*, p. 285), outros sustentam a protecção do saber-fazer (segredo) através de um direito de exclusivo “imperfeito” (Troller, *Immaterialgüterrecht*, I, p. 425-6). No direito alemão, apesar de a jurisprudência superior (BGH) qualificar esta figura como um direito de exclusão, a doutrina que nega o “Recht am Unternehmen”, seja como direito subjectivo absoluto, seja como direito especial (§ 823 I BGB), considera que se trata aqui de uma forma de protecção jurídico-empresarial dos segredos de empresa, apelando, recorrentemente, a um critério de ponderação de interesses (Baumach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, Allg.,

p. 91, UWG § 17, p. 1322). No sistema de *Common Law*, aceita-se que o saber-fazer tecnológico, pelo menos no que respeita aos segredos de comércio e indústria, poderá ser tratado como uma forma de propriedade intelectual, uns abertamente (Bainbridge, *Intellectual Property*, p. 7, 237), outros, porém, com alguma relutância (Cornish, *Intellectual Property*, p. 9, 289); sendo de referir, ainda, neste horizonte, a “doutrina dos segredos de comércio” estadunidense que aproxima esta figura do “direito da moralidade comercial”, embora alguns pareçam inclinar-se para a concepção do direito exclusivo de propriedade intelectual (v. Alces/See, *Intellectual Property*, p. 84-5).

Ora, cumpre dizer neste passo, que o saber-fazer goza de economicidade e individualidade próprias para poder ser considerado coisa. Nessa medida, não se resume a uma mera actividade de comunicação. O conjunto de informações que o compõem tem um valor económico autónomo. Por isso pode ser coisa, por isso pode ser objecto de relações jurídicas. Mas com que conteúdo: obrigacional? real? pessoal? Ao exigir a ilicitude da apropriação, utilização e divulgação do saber-fazer, a lei parece pressupor que a prática desses actos pode ser ilícita. Mas, qual o fundamento desta ilicitude: violação de um dever de *non facere*? E qual a fonte desta obrigação? A eficácia externa das obrigações? Um direito personalidade? Um direito real? Uma figura alternativa como os direitos de exclusivo? Refira-se que a prática de actos de concorrência desleal é apontada como uma das formas da 2.^a variante da ilicitude ao nível dos pressupostos da responsabilidade civil (v. Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, I, p. 545). Não obstante, neste caso para haver concorrência desleal é necessário que os actos de apropriação, utilização ou divulgação do saber-fazer sejam, eles próprios, ilícitos. Como interpretar? Qual é o fundamento desta ilicitude que é pressuposta para haver concorrência desleal nestes casos? Uma via possível é dizer que se não forem ilícitos tais actos não constituirão concorrência desleal. É a interpretação *a contrario*. E quando é que não serão ilícitos? Uma resposta admissível é: quando forem autorizados pela pessoa a que pertence o saber-fazer. Nessa medida, os negócios que tivessem saber-fazer por objecto não seriam nulos em razão da sua impossibilidade legal. Ao mesmo tempo poder-se-ia afirmar a ilicitude de tais actos através da doutrina eficácia externa das obrigações. Mas esta via não responde ao problema. Suponha-se que esses actos são praticados sem que exista qualquer relação negocial: não poderá haver ilicitude e, conseqüentemente, concorrência desleal?

Não é nosso propósito propor uma resposta final e definitiva para o problema. Não seria adequado tratar aqui exaustivamente desta questão. Limitamo-nos, por isso, a abordar o problema e a indicar uma saída possível, que não nos parece irrazoável. Salvo melhor juízo, parece-nos que este exemplo de actos de concorrência desleal tem um significado duplo. Em primeiro lugar, concebe o saber-fazer como possível objecto de relações jurídicas, considerando que se trata de uma coisa que, por sua natureza, não é insusceptível de apropriação individual nem está no domínio público. Nessa medida, permite que o saber-fazer constitua objecto de direitos privados, não o considerando *res extra-commercium*. Isto significa que os negócios que o tenham por objecto não serão nulos por essa razão. Em segundo lugar, por isso, esses actos não serão ilícitos se tiverem sido autorizados, por contrato ou por lei (veremos que as regras de descompilação dos programas de computador impõem a licitude da obtenção e utilização de *trade-secrets* imbuídos no programa para fins de interoperabilidade, isto é, o titular dos direitos não poderá contornar

no essencial, de formas de protecção previstas no regime da propriedade industrial (414).

3. No que respeita à protecção das bases de dados pelo direito de autor, também não estão previstas no catálogo de exemplos da noção de obra. A Lei da criminalidade informática define-as como “o conjunto de dados inter-relacionados, armazenados e estruturados com controlo de redundância, destinados a servir uma ou mais aplicações informáticas” (art. 2.º-e), e constitui

o imperativo da interoperabilidade por via contratual e/ou da concorrência desleal). Ou seja, a prática desses actos poderá ser lícita, pelo que não haverá lugar à concorrência desleal. Mas significará isto que o requisito da ilicitude implica que sobre o saber-fazer existam direitos absolutos, pessoais ou reais? Com efeito, em terceiro lugar, o poder de autorizar a prática desses actos é atribuído pela própria norma que os reprime. Por isso dizemos que a norma tem um duplo-sentido. É a própria norma que atribui um direito sobre o saber-fazer, direito esse que se traduz no poder de, em certos termos, excluir terceiros da apropriação, utilização e divulgação de “segredos de empresa”. Isto significa que a prática desses actos é reservada em exclusivo ao titular do saber-fazer: só este pode aproveitar economicamente esse bem, uma vez que a lei lhe reserva uma área exclusiva de actuação (note-se que a defesa desta área de exclusivo é salvaguardada em sede de procedimento administrativo, uma vez que os interessados não têm o direito de consultar processos que contenham “documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica.” — art. 62.º, 1, Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, 15-11, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, 31-1); veja-se também o art. 10.º do Regime de Acesso aos Documentos da Administração regulado pela Lei n.º 63/93, 26-10, alterada pelas Leis n.ºs 8/95, 29-3, e 94/99, 16-7.

Por isso propendemos para considerar o saber-fazer, enquanto segredos de comércio ou indústria, como objectos de um direito de propriedade intelectual. Propriedade esta que não se confunde com o direito de propriedade regulado no Código Civil, nem quanto ao objecto, nem quanto ao conteúdo. Parece, aliás, que não se pressupõe um acto de concorrência, o qual delimitaria a eficácia *erga omnes* desse direito, na medida em que se entendesse que “todos não são concorrentes de todos”. Assim, parece atribuir um direito sobre um bem que pode ser, como se diz, objecto de apropriação, utilização e divulgação. Integrar este direito no quadro da propriedade intelectual pode contribuir para tornar esta figura uma categoria algo fragmentária e disforme. Talvez por isso se devesse, porventura, denominar de outro modo, apesar de constituir uma forma de domínio sobre coisas incorpóreas. Não obstante — *et pour cause* —, esta forma de domínio incluir-se-á, ainda, no que o legislador, na década de sessenta, baptizou de propriedade intelectual, e que, recentemente, foi consagrada à escala global no Acordo ADPIC. Tal como hoje, a doutrina já não era então nem nova, nem consensual, mas terá saído reforçada pela opção legislativa.

entendimento pacífico que podem ser protegidas pelo direito de autor (415).

Nesse sentido, sustenta, todavia, o Prof. Oliveira Ascensão que “só poderia resultar das bases de dados [“conjunto unificado de informações disponíveis através de meios informáticos”] como compilações, nos termos do art. 3.º CDADC. Seriam conjuntos de obras, que seriam equiparadas a obras originais. Mas as compilações protegidas são só as compilações de obras, protegidas ou não. Um catálogo de tintas, por mais original que seja na sua ordenação, nunca é compilação protegida. Também nunca o será uma base de dados pessoais. / Ainda que respeite a obras, a base de dados nunca será protegida atendendo à criatividade do seu próprio critério de selecção, ordenação ou apresentação do material. Esse critério, por mais científico ou funcional, é um esquema para a acção. Não é isso que tornará a base de dados, globalmente tomada, uma obra literária ou artística. / Não é pois o critério em si, mas a base de dados enformada por esse critério, que poderá aspirar à tutela do direito de autor com fundamento na criatividade do conjunto. O princípio geral do art. 3.º aplica-se aqui, sem nenhuma ressalva” (416).

Na verdade, as bases de dados informáticas poderiam ser protegidas pelo direito de autor como compilações (417), uma vez que o seu objecto de protecção integra as chamadas “obras derivadas”, ditas equiparadas às “obras originais”, como sejam, as traduções e outras transformações, e as compilações de obras protegidas ou não, sem prejuízo dos direitos de autor da obra original (art. 3.º). Assim, dentro das chamadas obras equiparadas a originais, que poderão por isso gozar de protecção, contam-se os sumários e as compilações de obras protegidas ou não, tais como selectas e antologias que, pela escolha ou disposição das matérias, constituam criações intelectuais.

Uma outra espécie prevista são as compilações sistemáticas ou anotadas de textos de convenções, de leis, de regulamentos e de relatórios ou de decisões administrativas, judiciais ou de quaisquer órgãos ou autoridades do Estado e da Administração. Ao que parece, neste caso já não se exigiria que as compilações constituíssem criações intelectuais pela escolha ou disposição das matérias. Assim, *prima facie*, a protecção pelo direito de autor abrangeria as compilações dos referidos materiais, bastando que fossem sistemáticas ou anotadas.

Todavia, contra uma interpretação puramente literal do preceito escreve o Prof. Oliveira Ascensão: “o problema não se põe para as compilações anotadas,

(415) Rebello, *Introdução*, p. 74 (“Nada obsta, pois, a que a protecção do *software* se inscreva no quadro do Direito de Autor[...]. O mesmo se diga em relação às bases de

pois a anotação é uma obra, nem para os sumários, se não são índices mas condensações protegidas da matéria. Se porém se fizer a mera compilação, onde está a obra? / Responde a al. *b*): é necessário que, pela escolha ou disposição das matérias, constituam criações intelectuais. Não bastaria assim que a publicação fosse nova, mesmo que constasse de obras descobertas pelo investigador. É necessário que haja uma selecção e ordenação criativa que permita concluir que há uma nova obra. Só nesse caso, de facto, a compilação, como obra de conjunto, se distingue por um elemento criador do conjunto das obras compiladas. É análoga a situação perante a al. *c*). Fora das compilações anotadas, só se protegem as compilações sistemáticas. É necessário que a *estrutura* ou *sistema* da obra representem criação do espírito, para que o conjunto seja uma obra nova” (418).

Segundo esta interpretação, as bases de dados informáticas poderão ser protegidas pelo direito de autor enquanto compilações, na medida em que constituam, pela selecção ou disposição das matérias, criações intelectuais. Será de aplicar, portanto, os referidos requisitos de protecção (419). Os quais, por seu turno, correspondem aos requisitos gerais de protecção. Com efeito, para que uma obra seja protegida, enquanto criação intelectual, é necessário, independentemente da sua inclusão no elenco de exemplos e da sua caracterização típica, que preencha determinados requisitos, que, são, essencialmente, os seguintes: *exteriorização* e *originalidade* (ou *criatividade*).

4. Por um lado, a exteriorização significa que a criação intelectual deve

dados).

(416) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 487-8.

(417) Neste sentido, Rebello, *Introdução*, p. 75.

(418) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 84-5 (*itálico nosso*).

(419) Sustenta-se a este propósito que as “compilações referidas nas als. *a*) e *b*) correspondem às obras compósitas definidas no art. 20.º” (Rebello, *Introdução*, p. 78, em nota). Porém, embora a afirmação seja relevante em relação à al. *b*), já se afigura de alcance algo questionável em relação à al. *c*). Os textos de convenções, de leis, de regulamentos e de relatórios ou de decisões administrativas, judiciais ou de quaisquer órgãos ou autoridades do Estado ou da Administração, não beneficiam de protecção, como dispõe expressamente o art. 8.º, 1. Pelo que a referência para o regime da obra compósita não terá qualquer relevo nesta situação, tanto mais que é consagrada uma licença legal relativamente à reprodução no âmbito do respectivo serviço público de obras protegidas que sejam incorporadas nesses textos (art. 8.º, 2). O A. qualifica este preceito como “licença obrigatória ou compulsiva” (Rebello, *Código Anotado*, p. 58-9; v., porém, *Introdução*, p. 101), se bem que, a nosso ver, deva ser qualificada como licença legal,

ser por qualquer modo exteriorizada, isto é, deverá constituir uma expressão de linguagem *tout court* apreensível aos sentidos humanos, qualquer que seja a natureza do seu código e do seu *corpus mechanicum*. Vale isto por dizer que a criação intelectual deve ter uma expressão comunicativa reconhecível, através de uma forma sensorialmente apreensível. Isto é, o conteúdo espiritual da obra deve manifestar-se numa certa forma perceptível, ainda que sob forma oral ⁽⁴²⁰⁾.

Porém, o requisito da exteriorização não significa que a criação intelectual

uma vez que não carece de ser obtida junto de órgão administrativo ou judicial, seguindo o critério de distinção entre licenças legais e compulsivas proposto na doutrina (v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 213-6).

⁽⁴²⁰⁾ Cfr. Hubmann/Rehbinder, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 24 s.; Nordemann/Vinck, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 2, p. 71.

⁽⁴²¹⁾ Esta dicotomia entre publicação e divulgação, embora pressuponha uma outra atinente a duas formas de exploração da obra, reprodução e comunicação ao público, com ela não se confunde. A publicação consiste na reprodução da obra com o consentimento do seu autor, qualquer que seja o modo de fabrico dos respectivos exemplares, desde que efectivamente postos à disposição do público em termos que satisfaçam razoavelmente as necessidades deste, tendo em consideração a natureza da obra (art. 6.º, 1). Para que haja publicação é necessário que a obra tenha sido reproduzida nessas condições. Isso significa que pode haver reprodução sem se dar a publicação da obra. Com efeito, o conceito de publicação parece abranger outras formas de exploração, *maxime* a distribuição ou colocação em circulação. Também esta exige a reprodução, isto é, a “multiplicação dos exemplares materiais da obra” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 681). Todavia, a noção de publicação é ainda mais ampla, uma vez que os exemplares deverão ser efectivamente postos à disposição do público em termos que satisfaçam as necessidades deste, tendo em consideração a natureza da obra. A nosso ver, exemplos de publicação poderão resultar dos contratos de edição e de produção fonográfica e videográfica (v. arts. 83.º e 141.º, 2). Por seu turno, a divulgação consiste em trazer *licitamente* ao conhecimento do público por quaisquer meios, como sejam a representação da obra dramático-musical, a execução de obra musical, a recitação de obra literária, a transmissão ou a radiodifusão, a construção de obra de arquitectura ou de obra plástica nela incorporada e a exposição de qualquer obra artística (art. 6.º, 3). A obra divulgada parece ser, portanto, a obra que foi licitamente comunicada ao público.

Assim, a publicação designará formas de exploração material da obra, como sejam a reprodução e a distribuição de exemplares, qualquer que seja o seu modo de fabrico. Acresce que, se a reprodução é requisito da publicação, já por seu turno pressupõe uma outra forma de exploração: a fixação. Pelo que, de um modo geral, o direito de publicação abrangerá diversas formas de exploração material como sejam a fixação, a reprodução e a distribuição ou colocação em circulação de exemplares. A divulgação designará formas de exploração imaterial através da “comunicação ao público”, independentemente da produção de exemplares: tratar-se-á, por ex., da representação, da exibição, da radiodifusão por satélite e cabo, a transmissão em linha. Acrescentando a estes tipos de exploração a

careça de ser efectivamente comunicada, seja por divulgação, seja por publicação⁽⁴²¹⁾. Nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão, “o direito de autor fica constituído, na totalidade dos seus aspectos, com a criação da obra literária ou artística”⁽⁴²²⁾. A nossa jurisprudência superior é peremptória a esse respeito: “O facto constitutivo dos direitos de autor é apenas a criação da obra”⁽⁴²³⁾.

Com efeito, a existência da obra, enquanto objecto do direito de autor, “é independente da sua divulgação ou publicação” (art. 1.º, 3), nascendo “com o simples facto da exteriorização da criação cultural”⁽⁴²⁴⁾. Nesse sentido, diz-nos o Prof. Orlando de Carvalho que, “se a exteriorização da obra é condição *sine qua non* da obra, a efectiva publicação não o é. Permanecendo o conjunto de sinais no foro do espírito (mesmo que totalmente organizado, porventura), confunde-se inteiramente com esse espírito, não tem existência a se — pelo que não há obra nenhuma, nem sequer inédito. Para existir em inédito tem que estar objectivada, tem que ter já um suporte (*corpus mechanicum*), por mais fruste que seja (papel, gravação, esboço, etc.)”⁽⁴²⁵⁾.

Note-se, porém, que o requisito da exteriorização, embora consista na objectivação da obra, não significa necessariamente a sua fixação num médium tangível, que não constitui, entre nós, ao que parece, um critério geral de protecção. Neste sentido, escreve o Prof. Oliveira Ascensão que: “A obra é pois uma realidade incorpórea; a exteriorização que ela representa ainda pode ser imaterial, bastando que se revele aos sentidos. [...] Em Portugal, o princípio é o de que *a obra é independente de qualquer fixação ou materialização*. Mas este princípio sofre excepções. [...] Para além dos casos expressos na lei [v. art. 2.º, 1-d: obras coreográficas e pantomimas], supomos que *há obras que, por natureza, estão dependentes de uma fixação*. Assim acontece com a obra

chamada transformação (incluindo a tradução e outras adaptações), ficamos com quadro tri-dimensional de formas de utilização: publicação, divulgação, transformação. Todavia, este quadro é meramente ilustrativo. Assim, por ex., na obra cinematográfica não há publicação: há fixação, há reprodução, há distribuição de exemplares, e, todavia, não há publicação, porque ainda não se considera que tenham sido efectivamente colocados à disposição do público em termos que satisfaçam razoavelmente as suas necessidades. Intervirá agora a sua divulgação, uma vez que é trazida ao conhecimento do público através de uma forma de exploração imaterial: a exibição em salas públicas de cinema. Acresce que poderá haver transformação da obra cinematográfica para efeitos de adaptação da obra audiovisual sob forma de videograma, a qual será fixada, reproduzida e distribuída em termos que poderão cumprir a noção de publicação.

⁽⁴²²⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 653.

⁽⁴²³⁾ Ac. STJ, 14-12-95, CJ, XX, III, p. 163.

cinematográfica” (426).

Ademais, o lastro tangível da criação intelectual, embora possa ser necessário à sua comunicabilidade, não se confunde com a obra (427). Na verdade, como escreve o Prof. Ferrer Correia: “Nos casos da literatura e da música, os objectos (os livros, as partituras) não são outra coisa senão os suportes ou meios de conservação da obra de criação, não a própria criação espiritual (ou a encarnação). A obra de arte musical não é a partitura, que não serve senão para a perpetuar, mas ela é (re)criada pelo intérprete em cada execução. Assim também a obra de arte literária se não identifica com o manuscrito ou o texto impresso, que é tão-só o seu suporte material” (428).

Isto significa que a obra, enquanto criação do espírito, distingue-se do seu *corpus mechanicum*, sendo sobre essa valoração como coisa incorpórea que incide o direito de autor. Dispõe-se expressamente que “o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação”, não gozando o fabricante e o adquirente destes suportes de “quaisquer poderes compreendidos no direito de autor” (art. 10.º, 1 e 2) (429). Acresce que, apesar de não carecer de ser utilizada ou explorada para ser protegida (art. 1.º, 3, *in fine*), a exteriorização da criação intelectual é condição da sua fruibilidade económica, sendo que a “garantia das vantagens patrimoniais dessa exploração constitui, do ponto de vista económico, o objecto fundamental da protecção legal” (art. 67.º, 2).

5. Por outro lado, o requisito da originalidade significa que a criação intelectual deve constituir uma forma de expressão gerada no exercício da liberdade de criação. Por outras palavras, a forma de expressão comunicativa deve ter a sua origem na liberdade de criação das pessoas humanas. Pelo que, a liberdade de criação é pressuposto da originalidade.

Ora, esta liberdade só se reconhece às pessoas humanas (integrando o seu mínimo de *dignitas*) e não, por exemplo, a pessoas colectivas ou a

(424) Rebello, *Introdução*, p. 96.

(425) Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 544.

(426) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 62.

(427) *Todavia*, v. Ac. Rel. Lisboa, 28-5-92, CJ, XVII, III, p. 193 (“Os títulos ‘Diário Rural’ e ‘Piquenício’ que têm em vista programas e iniciativas radiofónicas não respeitam a qualquer obra literária e artística, já que não consubstanciam exteriorização de criação intelectual, como o exige o art. 1.º do Código dos Direitos de Autor.”).

(428) Ferrer Correia, *A venda internacional de objectos de arte*, p. 17.

computadores, mesmo que se trate de sistemas de inteligência artificial altamente sofisticados ⁽⁴³⁰⁾ ⁽⁴³¹⁾. Pelo que, às obras geradas (exclusivamente)

⁽⁴²⁹⁾ Não obstante, relativamente à obra fotográfica, v. arts. 164.º, 166.º

⁽⁴³⁰⁾ Trata-se, verdadeiramente, de um dogma do direito de autor cada vez mais posto em causa pelas tecnologias informáticas. Cairá mesmo por terra se se entender que “o importante não é saber quem faz esta escolha [criativa], o homem ou a máquina, mas sim o que foi escolhido, qual a combinação concreta” (Kondratov, *Cibernética*, p. 133), fazendo escola o conceito de “estética informacional ou teoria estrutural da obra de arte” (Abraham Moles, *Arte e computador*, p. 15). Com efeito, a utilização de técnicas de inteligência artificial, como redes electrónicas neurais, permite aos computadores criar independentemente obras que, à primeira vista, parecem poder ser protegidas pela propriedade intelectual. É de referir a este propósito um caso nos EUA em que o criador de um programa de gestação automática de obras (Dr. Thaler, inventor da “Creativity Machine”) registou em seu nome, como autor, uma série de composições musicais produzidas pelo computador criativo. Todavia, essa protecção é aí contestada por se entender que não resulta de criatividade humana que o *copyright* se destina a promover. Escreve-se, recentemente, que: “O desenvolvimento de programas de computador autonomamente criativos desafia os nossos conceitos actuais dos direitos de propriedade intelectual. Os actuais sistemas federais são baseados no axioma de que as obras serão criadas apenas pelo exercício de criatividade humana, quer seja assistida pela máquina ou não. Uma vez que o computador pode literalmente ‘fazer isso por si mesmo’, as obras criadas caem fora do âmbito da protecção da propriedade intelectual. Apesar de esta exclusão de cobertura não ter sido intencional, constitui a medida apropriada para o tempo actual. Não são necessários incentivos extra para fazer com que os computadores criativos actualmente disponíveis produzam obras — se o programa de computador for executado, as obras resultarão. / Esta medida de recusa de protecção às obras geradas por programas de computador criativos será apropriada até que os computadores sejam dotados de uma consciência que torne obrigatória a avaliação da ‘personalidade’ para os computadores. Se e quando esta tomada de consciência ocorrer, as mudanças fundamentais exigidas no direito de propriedade intelectual serão insignificantes em comparação com as mudanças exigidas na sociedade em geral.” (Clifford, Tulane LR 1997, p. 1702-3).

⁽⁴³¹⁾ Mas, poderão os animais ser autores? Poderá ser-lhes reconhecida liberdade de criação? Não é que os animais sejam coisas. Este parece ser o sentido moderno. Consagra-o expressamente o Código Civil Alemão [BGB, § 90(a). *Tiere*. “Tiere sind keine Sachen”]. Em anotação escreve-se que “esta prescrição é tributária do entendimento de que os animais como ‘co-criaturas’ (*Mitgeschöpf*) não deveriam ser postos em igual com as coisas” (Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 90, p. 57). Hoje até se fala dos direitos dos animais. Mas consideramos infundado reconhecer aos animais a qualidade de autores, uma vez que não são providos de personalidade humana criadora, ainda que possam gerar sinais susceptíveis de produzirem no destinatário “impressões sensoriais” (por todos, Hartmann, *Das Problem des geistigen Seins*, 2., 1947, p. 406 s.). Na verdade, não existe aí um acto volitivo que confira à obra uma certa individualidade, não há um contributo pessoal (v., por ex., Hubmann/Rehbinder, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 81;

por computador faltará o requisito da originalidade para que possam integrar o objecto de protecção do direito de autor.

É este um princípio fundamental inscrito na dogmática do direito de autor, pois que a obra, para o ser no direito de autor, tem que ser, na fórmula germânica, uma “criação intelectual pessoal”. Como nos diz o Prof. Oliveira Ascensão, sendo que “toda a obra relevante é uma obra humana“, no caso da obra produzida por computador, isto é, no caso de “a concretização alcançar um grau de indeterminação, que escape a todo o controlo ou previsão do programador [...] é de sustentar que nas obras assim produzidas não recai direito de autor. Este pressupõe necessariamente a criação humana, e por isso se prolonga através de um direito moral ou pessoal de autor. Assim como não há direito de autor sobre obra da natureza [...], também não há direito de autor sobre obra de máquina. [...] A obra assim criada está definitivamente fora do Direito de Autor” (432).

Este princípio vale tanto para os computadores e sofisticados sistemas de inteligência artificial, como para as pessoas jurídicas em sentido estrito, sendo apenas protegidas pelo direito de autor criações do espírito humano. Nas palavras do Prof. Orlando de Carvalho: “A obra do espírito é produto do

Nordemann/Vinck, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 2, p. 62, 64; Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, p. 25).

A propósito do problema da protegibilidade e autoria de obras geradas por computador, escreve-se a título introdutório que “já todos ouvimos falar da conhecida sala cheia de macacos batendo as teclas de máquinas de escrever (ou, neste tempo, processadores de texto), com um dos macacos a ‘produzir’ eventualmente *Hamlet* de Shakespeare. Nós que ensinamos direito de autor, perguntamos frequentemente aos estudantes: como é que o direito deveria tratar a obra? Uma vez que a turma aceita a proposição de que a criação independente é uma defesa para qualquer acção de infracção, o problema mais interessante torna-se em saber se a contribuição do macaco constitui ‘autoria’ suficiente para o reconhecer o primata como autor do *Hamlet*. [...] O tema da autoria animal é, contudo, levantado noutros contextos. Tanto quanto sabemos, ‘Little Dupout’, o macaco no espectáculo de Dick Tracy que pintava espalhando tintas na tela, pode ter produzido obras de arte que rivalizam com aquelas de Jackson Pollack e podem ter uma contrapartida no mundo real. Com efeito, em 12 de Abril de 1991 a CNN relatou elefantes que pintam utilizando o método ‘brush-in-trunk’. Os resultados pareciam bastante agradáveis (pelo menos para este espectador) quando comparados com alguns elementos de arte contemporânea aceite. Numa cena relacionada, o ‘entertainer’ televisivo recentemente retirado, Johny Carson, deliciou ao mostrar cães que nasceram para a música: notavelmente, os cães pareciam frequentemente estar a compor as suas próprias músicas e canções. Finalmente, os segmentos de ‘Stupid Pet Tricks’ de David Letterman apresentados à noite na televisão oferecem frequentemente acrobatas caninos e felinos que alguns sustentam não

espírito, do espírito humano, sendo inconcebível como produto de pessoas jurídicas em sentido estrito. Pessoa criadora é, contudo, qualquer pessoa humana, não se exigindo outra capacidade além da capacidade natural para a própria criação” (433).

Acresce que mesmo em relação às pessoas humanas é sempre exigida a existência de uma margem de criatividade para que possa haver criação intelectual *proprio sensu*. Isso significa que deverá existir uma margem de liberdade — se quisermos, “um espaço em branco” (434) — que permita uma diferente forma de expressão e, nessa medida, a manifestação da “marca pessoal” do criador. Utiliza-se aqui o termo criatividade como sinónimo de originalidade, no sentido de que, como é entendimento da nossa jurisprudência superior: “só a originalidade merece protecção do direito de autor” (435).

Ora, como escreve o Prof. Oliveira Ascensão: “Não há a criatividade, que é essencial à existência de obra tutelável, *quando a expressão representa apenas a via única de manifestar a ideia*. [...] É difícil determinar o *quantum* desta criação. [Mas,] quando se passa da criação para a descrição, quando há descoberta e não inovação, quando é o objecto que comanda em vez de o papel predominante ser o da visão do autor, saímos do âmbito da tutela. A presunção

serem distinguíveis de certos modos de dança moderna.” (Miller, Harvard LR 1993, p. 1042-3, e n. 294).

(432) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 56, 75-6.

(433) Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 541.

(434) Neste sentido, sufragando a doutrina entre nós sustentada pelo Prof. Oliveira Ascensão, v. Ac. Rel. Lisboa, 26-5-1998, CJ XXIII, II, p. 100 s. [“sendo a obra em primeiro e último termo, uma criação do espírito, hão-de ser-lhe assinaláveis características de criatividade ou originalidade (o que permite distingui-la das simples descrições, narrações, relatos, notícias, etc.) e bem assim de individualidade ou personalidade, pois a criatividade é, ainda e sempre, personalizada, ainda que este requisito se haja de entender referendado a uma exigência mínima de *simples espaço em branco*.” — itálico nosso].

(435) Ac. STJ, 5-12-1990, BMJ n.º 402 (1991), p. 567 s. A identificação entre criatividade e originalidade é consagrada pelo legislador comunitário, como adiante veremos, entendendo-se por original o programa computador, a fotografia e a base de dados que sejam criação intelectual do autor.

(436) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 74, 88-9, explicando-se, por essa razão, que tenha havido tanta “resistência ao enquadramento da fotografia no âmbito do direito de autor” (p. 501). Parece que, entre nós, haverá uma “exigência particular” para que a obra fotográfica possa beneficiar de protecção, uma vez que, de acordo com a solução do nosso legislador, é necessário “que pela escolha do seu objecto ou pelas condições da sua execução possa considerar-se como criação artística pessoal do seu autor” (art. 164.º, 1); a jurisprudência parece inclinar-se também nesse sentido (v. Ac. Rel. Porto, 20-10-92, CJ, XVII, II, p. 257: “II — A simples escolha do objecto não chega para se considerar uma

de qualidade criativa cessa quando se demonstrar que foi o objecto que se impôs ao autor, e este afinal nada criou” (436).

Este modelo doutrinal corresponde, aliás, à orientação perfilhada pela nossa jurisprudência, que entende que: “Para que uma obra possa ser protegida pelo Direito de Autor, exige-se sempre que tenha um mínimo de criação pessoal” (437).

O requisito da originalidade permite compreender, por outro lado, a função de promoção da liberdade de criação cultural desempenhada pela protecção do direito de autor, uma vez que a sua atribuição serve como um prémio, uma sanção jurídica positiva e, por isso, como um incentivo à

fotografia como criação artística individualizante.”).

Todavia, é problemático que se trate, realmente, de uma exigência estética particular, distinta das demais obras, ou se, pelo contrário, estaremos apenas perante uma concretização indiciária de critérios que permitem apurar a existência de criações artísticas através da fotografia. Refira-se que o legislador comunitário harmonizou o requisito da originalidade no domínio das fotografias, dispondo que: “As fotografias originais, na acepção de que são uma criação intelectual do próprio autor, são protegidas [...]. Não se aplica qualquer outro critério para determinar se pode beneficiar de protecção. Os Estados-membros podem prever a protecção de outras fotografias.” (art. 6.º Directiva Duração da Protecção). Esta medida justifica-se na consideração de que “a protecção das fotografias nos Estados-membros é objecto de regimes diferentes[, pelo] que, a fim de obter uma harmonização suficiente do prazo de protecção das obras fotográficas e, nomeadamente das que, dado o seu carácter artístico ou profissional têm importância no âmbito do mercado interno, é necessário definir o nível de originalidade requerido [e, nessa medida,] uma obra fotográfica, na acepção da Convenção de Berna, deve ser considerada como original sempre que for criação intelectual própria do respectivo autor, reflectindo a sua personalidade, sem que outros critérios, tais como o mérito ou finalidade, sejam tomados em consideração; que a protecção das outras fotografias pode ser deixada à lei nacional” (cons. 17).

Não obstante, independentemente do seu mérito ou finalidade, parece-nos que, para haver criação através da fotografia susceptível de protecção pelo direito de autor, será necessário atender, ao menos, às condições da sua execução, sob pena de tratar-se de uma mera “reprodução” mecânica do objecto, sem qualquer sentido criativo. Por outro lado, mesmo no que respeita à escolha do objecto, estamos perante uma “extensão” do âmbito de protecção do direito de autor, “pois sai do campo puro da criação, para contentar-se com uma descoberta”; na verdade: “A obra literária ou artística não é a descoberta, é a criação. Por mais intuição estética que tenha havido no isolamento do objectivo, o fotógrafo não cria o objecto; e a fotografia limita-se a reproduzi-lo por meios mecânicos. Por isso, em rigor, a fotografia está fora do nosso conceito quando representa a mera transposição de um objecto exterior” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 502).

(437) Ac. Rel. Porto, 20-10-92, CJ, XVII, II, p. 257 (v., ainda, Ac. Rel. Lisboa, 8-6-93, CJ, XVII, III, p. 193: “I — Uma obra intelectual só merece protecção jurídica

criatividade. Na verdade, o direito de autor “não existe para reprimir a imitação, mas para premiar a criatividade. [...] Se não se exige que se reconheça uma personalidade, exige-se que se reconheça, positivamente, que há um mínimo de criação. [...] Na exigência de criatividade está implícita a da individualidade, como marca pessoal dum autor” (438).

Não obstante, em contrapartida, no quadro da dicotomia tradicional ideia/expressão e conteúdo/forma, o direito de autor não protege o conteúdo ideativo-funcional subjacente a uma obra, incidindo apenas sobre a forma de expressão, sendo ao nível desta que se apura a originalidade da obra. Como recentemente se observou, “a concepções largas e inovadoras, como o fluxo de consciência na ficção ou o cubismo na arte, é negada protecção em favor de mais pequenas diferenças de expressão” (439).

Com efeito, “as ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais,

quando, como tal, resultar de criação do seu autor”; Sentença. 12.º JCL, CJ XVIII, III, p. 313: “I — Uma simples memória descritiva, sem qualquer valor literário não constitui obra intelectual, susceptível de protecção jurídica.”)

(438) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 89-91 (“O Homem, à semelhança do animal, imita. Como a capacidade criativa é limitada, a cultura do consumo vive em grande parte da imitação. / Mas o Direito de Autor é justificado pela tutela da criação e não pela repressão da imitação. A repressão da imitação poderá fazer-se por recurso a vários ramos do Direito, como a concorrência desleal. Só entra porém no domínio do Direito de Autor quando o objecto da imitação for uma verdadeira obra literária e artística.” — p. 11).

(439) Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1241 (acrescentando, ainda, em contraposição à análise económica do direito de autor, que: “Há algo de bizarro na sugestão de que James Joyce ou Pablo Picasso poderiam ter sido estimulados para trabalhar de modo diferente através de um diferente padrão de incentivos económicos. Isso ilustra apenas quão abstracto e irreal é a abordagem, desde logo. Na verdade, há poucos Joyces e Picassos entre nós.”).

(440) Art. 1.º, 2, norma esta que parece ser decalcada da § 102(b) da lei estadunidense (1976), nos termos da qual em caso algum a protecção do *copyright* de obra original de autoria se estende a qualquer ideia, procedimento, processo, sistema, método de operação, conceito, princípio, ou descoberta, independentemente da forma em que esteja descrito, explicado, ilustrado ou imbuído numa tal obra.

Esta disposição não significa que não possam beneficiar de protecção pelo direito de autor as criações utilitárias. Com efeito, na opinião de dois reconhecidos comentadores da lei estadunidense do *copyright*: “Não encontramos nada na lei do *copyright* que sustente o argumento de que a intenção de usar ou o uso na indústria de um artigo capaz de protecção pelo *copyright* impede ou invalida a sua protecção” (Nimmer/Nimmer, *Nimmer on Copyright*, § 2.18). Por outro lado, esta disposição encerra a fórmula ideia/expressão, a qual, todavia, entende-se não “dever ser tomada literalmente, mas antes como metáforas

os conceitos, os princípios ou as descobertas não são, por si só e enquanto tais”, protegidas pelo direito de autor ⁽⁴⁴⁰⁾. E não o são ⁽⁴⁴¹⁾, não tanto, ou não apenas, porque não haja liberdade de criação ao nível da sua forma de expressão, mas também, e sobretudo, porque o direito de autor, tem por função promover a criatividade ao nível do modo de expressão, e não a criatividade ao nível do objecto de expressão.

O direito de autor assenta no princípio da liberdade das ideias: “as ideias, enquanto tais, escapam a toda apropriação, porque, por natureza, elas são destinadas à livre circulação” ⁽⁴⁴²⁾. Como escreve Luiz Francisco Rebello: “A originalidade é um requisito que acresce à exteriorização da ideia, e refere-se,

em relação aos elementos de uma obra não protegidos e protegidos, respectivamente” (Goldstein, *Copyright*, § 2.3.1). Teremos, porém, oportunidade de constatar a importância que este princípio de delimitação negativa de protecção tem assumido na prática jurisprudencial deste país, no sentido de não proteger pelo *copyright* a essência dos programas de computador; prática jurisprudencial essa que tem ressuscitado a *vexata quaestio* da protecção jurídica do *software* (v. Miller, Harvard LR 1993, p. 977; Samuelson/Davis/Kapor/Reichmann, Columbia LR 1994, p. 2318; Arriola, Washington LR 1994, p. 405; Lunney, Tulane LR 1996, p. 2397 s.).

⁽⁴⁴¹⁾ Numa breve análise de direito comparado, constatamos que este princípio, apesar de não ter expressão nos textos legislativos de vários países, constitui, porém, na doutrina e na jurisprudência, um dos princípios fundamentais do direito de autor, não obstante moderado pela concorrência desleal “parasitária” no domínio das criações utilitárias, *et pour cause* (v. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 131; Hubmann/Rehbinder, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 38-9; Loewenheim, in Schricker, *Urheberrecht*, § 2, p. 102-7; Nordemann/Vinck, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 2, p. 69-70; Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, p. 32, 38; Delp, *Das Recht des geistigen Schaffens*, p. 158; Wenzel, *Urheberrecht*, p. 1; Hertin, *Urheberrecht*, p. 24; Nordemann, *Form und Idee*, p. 55; Rehbinder, *Urheberrecht*, p. 85; Desbois, *La propriété littéraire et artistique*, p. 14, e, *Le droit d’auteur*, p. 22; Plaisant, *Le droit des auteurs*, p. 11; Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, p. 20; Bertrand, *Le droit d’auteur*, p. 162; Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 16; Lucas, *La distinction entre la forme et l’idée*, p. 119; Bonet, *Code de la propriété intellectuelle*, p. 23; Vivant, *Les créations immatérielles*, p. 12; Ascarelli, *Teoria*, p. 702; Santilli, *Il diritto d’autore*, p. 203; Fabiani, *Autore*, p. 3; no direito suíço, austríaco e belga, Kummer, *Das urheberrechtliche schützbares Werk*, 1968, p. 8, Troller, *Immaterialgüterrecht*, I, p. 373, Rintelen, *Urheberrecht*, p. 51, Berenboom, *Le Nouveau Droit d’Auteur*, p. 21; Triaille, *La protection des idées*, p. 385; Strowell/Triaille, *Le droit d’auteur*, p. 20; no direito espanhol, Rogel Vide, *Autores*, p. 57; Bercovitz Rodriguez-Cano, in Bercovitz Rodriguez-Cano, *Comentarios*, p. 212; Vega Vega, *Derecho de autor*, p. 97; Dietz, *El Derecho de autor*, p. 25). Note-se, por outro lado, que a ausência de um sistema de concorrência desleal no direito inglês conduz a que o *copyright* seja chamado a intervir como forma de protecção, em termos que põem em causa este princípio (v. Cornish, *Intellectual*

não a esta, mas à forma por ela assumida” (443). Por outras palavras, o conteúdo ideativo-funcional é o objecto de expressão, sendo, nessa medida, juridico-autoralmente livre, só se protegendo a forma pela qual se exprime, na medida em que seja original. O direito de autor protege apenas a forma ou o modo como esse objecto é exprimido e na medida em que possa haver, e exista de facto, criatividade nessa expressão.

Note-se, porém, que nesta zona cinzenta, ou de fronteira, de determinação do objecto de protecção do direito de autor, o critério distintivo radica naquilo que, por comparação, individualiza a obra. “Individualidade” essa que engloba não apenas a forma expressiva literal ou externa, mas também a sua forma sequencial ou “forma interna”, ou, por outras palavras, a “estrutura” ou “composição” (444), “organização e apresentação” (445) da obra, pois que poderá haver também “prestação criativa” ao nível da sua “textura” ou “tecido” (*Gewebe*) (446).

E, por isso mesmo, as obras derivadas são protegidas, porque justamente exprimem uma combinação original de dados pré-existentes. Em certos casos, aliás, como, por ex., as bases de dados, a criação intelectual afere-se por referência à sua “estrutura” ou “sistema”, já não em relação “ao critério de selecção, ordenação ou apresentação material”, o qual, “por mais científico, inovador ou funcional que seja, é sempre um esquema para a acção”, não gozando, por isso, da “tutela pelo direito de autor” (447).

Por seu turno, a configuração do objecto de protecção nestes termos é relevante para determinar a existência e extensão do “plágio”, isto é, da apropriação do carácter criativo da obra de outrem, ou, por outras palavras, da forma original ou do modo individual como alguém exteriorizou um determinado objecto de expressão. Ora, segundo o critério interpretativo proposto pelo Prof. Oliveira Ascensão: “Não há contrafacção nas obras que contempla se, apesar das semelhanças decorrentes da identidade do objecto, tiverem uma individualidade própria. O critério da individualidade prevalece sobre a semelhança objectiva. Mas individualidade tem aqui o exacto sentido de

Property, p. 363; Bainbridge, *Intellectual Property*, p. 39; Phillips/Durie/Karet, *Whale on Copyright*, p. 40; Jacob/Alexander, *Intellectual Property*, p. 148).

(442) Desbois, *La propriété littéraire et artistique*, p. 10.

(443) Rebello, *Introdução*, p. 87.

(444) Desbois, *La propriété littéraire et artistique*, p. 10; v., ainda, Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 25.

(445) Ascarelli, *Teoria*, p. 699.

(446) Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 121; Hubmann/Rehbinder, *Urheber- und*

criatividade. Decisivo é que nada se acrescenta à criação alheia a que se recorreu. / Já sabemos que a essência criativa não é a ideia pura, que como tal é livre. Esta funcionará como *tema*: mas um tema pode ser milhares de vezes aproveitado sem haver plágio. [...] O plágio só surge quando a própria estruturação ou apresentação do tema é aproveitada” (448).

Pela negativa, entende-se que, para que a obra seja original, basta que “não consista na mera cópia ou decalque de outra” (449), embora se reconheça que “essa originalidade[é] difícil de definir *a priori*, e que por isso deverá ser apreciada casuisticamente, que permite distinguir entre si obras que desenvolvem o mesmo tema” (450).

Acresce que o requisito da originalidade da obra, no sentido de

Verlagsrecht, p. 25 s.; no sentido de que a forma interna, ou melhor, o “Gewebe” da obra é já o seu conteúdo, Nordemann/Vinck, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 2, p. 69-70.

(447) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 487.

(448) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 65-6. Numa breve referência de direito comparado, será interessante referir que, ao passo que a a prática da jurisprudência francesa se analisa na comparação dos elementos banais não protegidos das obras protegidas em questão e em seguida compara os elementos originais protegidos (v. Edelman, *Propriété littéraire et artistique*, p. 25), na jurisprudência alemã a criatividade é apreciada segundo uma lista de índices e, a pedido dos interessados, com a colaboração de um perito (v. Schulze, GRUR 1984, p. 406 s., 416; note-se, ainda, que neste país, depois de uma experiência historicamente situada e ideologicamente cunhada, o princípio da unidade da arte e, sobretudo, a liberdade de arte garantida pelo Art. 5, 3, GG, interdita a apreciação das qualidades estéticas da obra, nomeadamente do seu mérito artístico qualitativo).

Podemos ainda referir a experiência estadunidense, marcada pela elaboração jurisprudencial de uma série de critérios, que se designam por teoria da semelhança substancial (caso *Pasillas v. McDonald's Corp.*, 1991, e, no campo específico dos programas de computador, caso *Brown Bag Software v. Symantec Corp.*, 1992). Todavia, a interpretação dessa teoria não é uniforme entre os Autores, sendo propostos diversos modelos de apuramento da semelhança relevante, em especial para os casos em que uma obra não é integralmente decalcada de outra. Uns sustentam que há dois graus: 1. a semelhança literal fragmentada (quando as palavras, linhas são virtualmente copiadas palavra-a-palavra, ainda que não necessariamente por decalque); 2. a semelhança não literal abrangente, quando a essência fundamental ou a estrutura de uma obra é copiada (v. Nimmer/Nimmer, *Nimmer on Copyright*, §13, 28). Por seu turno, Goldstein defende a existência de três tipos de semelhança: 1. quando a obra infractora segue a obra original em todos os detalhes; 2. semelhança flagrante; 3. semelhanças que estão à superfície das obras (Goldstein, *Copyright*, §7.2.1, 13).

(449) Rebello, *Código Anotado*, p. 44.

individualidade da criação, evidencia, ainda, que o direito de autor envolve uma dimensão pessoal. A obra deve ser marcada pela personalidade do autor, isto é, deve ser expressão da individualidade do criador ⁽⁴⁵¹⁾, embora “para a protegibilidade chegue a individualidade da obra, que parta de criação espiritual pessoal” ⁽⁴⁵²⁾.

Com efeito, traduzindo-se a originalidade na impressão digital do criador que individualiza a obra, interesses ligados à sua pessoa reclamam também protecção, uma vez que aquela é criação desta. Para ser protegida, a obra deve ter a sua origem no exercício da liberdade de criação que se reconhece às pessoas humanas. Nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão, o “homem, à semelhança de Deus, cria. A criação literária e artística recebe a tutela do Direito de Autor” ⁽⁴⁵³⁾.

Ora, se no exercício dessa liberdade de criação o autor imprime a sua “marca pessoal”, ou, como nós dizemos, a sua impressão digital, isso não significa que a obra só possa ser protegida se tornar reconhecível o seu autor, embora o autor já se deva reconhecer nela. Com efeito, “se isso acontece nas obras de maior nível criativo, não pode ser generalizado como condição de protecção. Pode haver autonomia e criatividade mesmo quando a obra não seja suficiente para retratar o autor” ⁽⁴⁵⁴⁾.

Consideração esta que é reforçada pela circunstância de a originalidade da obra não depender, em geral, nem do seu mérito qualitativo ou estético, nem da sua natureza utilitária ou funcional (art. 2.º, 1). Para efeitos de protecção pelo direito de autor, tanto poderá constituir criação intelectual

⁽⁴⁵⁰⁾ Rebello, *Introdução*, p. 89-90 (dando vários exemplos de obras que partem do mesmo tema, conclui que “o que as individualiza é a originalidade da sua forma”).

⁽⁴⁵¹⁾ Vide, por ex., Hubmann/Rehbinder, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 26, 82; Edelman, *Propriété littéraire et artistique*, p. 25.

⁽⁴⁵²⁾ Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 127.

⁽⁴⁵³⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 11.

⁽⁴⁵⁴⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 67 (aliás, a “impressão digital” do autor consistirá, de um modo geral, num “estilo pessoal”, o qual, de *per se*, não será, ao que parece, protegido — p. 96, em nota)

⁽⁴⁵⁵⁾ Os *faits divers*, que consistem em “notícias do dia e os relatos de acontecimentos diversos com carácter de simples informações de qualquer modo divulgadas”, embora sejam expressamente excluídos do objecto de protecção, constituem “obra”, devendo, nessa medida, a sua utilização por terceiro, “quando livre [...] limitar-se ao exigido pelo fim a atingir com a sua divulgação” (art. 7.º, 1-a, e 3). Refira-se, ainda, um outro caso algo anómalo: apesar de serem excluídos do objecto de protecção determinados textos, como os discursos políticos, a sua “reprodução integral, em separata, em colecção ou noutra

uma composição musical erudita como uma compilação de *fait divers* (455). Isto não significa, porém, que o mérito seja indiferente ao direito de autor (456), ou que a banalidade seja protegida (457).

Na verdade, “a obra é essencialmente uma criação. E só há criação quando se sai do que está ao alcance de toda a gente para chegar a algo novo, a obra há-de ter sempre aquele mérito que é inerente à criação, embora não tenha mais nenhum: o mérito de trazer algo que não é meramente banal” (458). Contudo, o mérito qualitativo ou estético da criação já será irrelevante, parecendo afirmar-se haver um “entendimento geral de que a qualidade ou mérito de uma obra são questões de gosto e não entram no problema do que é uma obra” (459).

Por outro lado, em certos casos, como sejam os lemas de carácter publicitário e as obras de artes aplicadas, os modelos ou desenhos industriais, independentemente da sua protecção pela propriedade industrial (art. 2.º-*i/m*, art. 163.º), exige-se, respectivamente, que revistam “originalidade” ou que constituam “criação artística”. Nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão: “Tem sido entendido que se trata duma exigência particular, e também assim pensamos. [...] Isso significa que a lei só permite a entrada no Direito de Autor das obras de artes aplicadas quando o seu carácter artístico prevalecer claramente sobre a destinação industrial do objecto. [A exigência de originalidade] significa que também aqui se exige uma particular valia, para além do objectivo pragmático prosseguido pelo lema. Essa particular valia só pode estar no mérito. [Assim], nas obras de destinação utilitária temos antes de mais essa função, e não uma função literária ou artística. Nenhum motivo há para deixar essas obras transpôr o limiar do direito de autor. Só poderão fazer se uma apreciação particular permitir concluir que justifica que as consideremos também obras literárias ou artísticas. [...] Parece-nos poder recorrer [por ex.] à fórmula da jurisprudência alemã para as obras das artes aplicadas, devidamente generalizada: desde que, segundo as concepções

utilização conjunta [...] só pode ser feita pelo autor ou com o seu consentimento” (art. 7.º, 2).

(456) Cfr. Carreau, *Mérite et droit d’auteur*, p. 413 s. (concluindo que, em França, a casuística jurisprudencial contraria a “concepção eclética de arte do legislador”).

(457) Cfr. Edelman, D. 1983, p. 73 (contrapondo, justamente, “création” a “banalité”).

(458) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 93 (nessa medida compreende-se a proposição inicial, segundo a qual: “O mérito literário ou artístico não é relevante.” — p. 11).

(459) Stewart, *International Copyright*, p. 50.

dominantes, ainda se possa falar de arte. De todo o modo, são fórmulas que se destinam a ilustrar o critério fundamental da existência de mérito literário ou artístico da obra utilitária” (460).

Secundamos esta orientação, tendo em conta a caracterização que pressupõe do mérito. Com efeito, o direito de autor premeia o mérito inerente à criatividade que exige, qualquer que seja em termos qualitativos ou estéticos. Não obstante, exige-se um nível mínimo (*Gestaltungshöhe*) de esforço de criação que supere, literalmente, o mero *déjà vu* (461). A isso não obsta uma aproximação entre a criação artística e literária e a criação tecnológica e científica. E, se bem que “nos casos de fronteira, em que a verificação do carácter estético é indispensável para a admissão de uma obra pertencente ao sector das artes em causa” (462), isso não significa que seja exigido um determinado mérito estético. Dizendo-o com Vivant, “parece-nos impor-se uma abordagem, despida de preconceitos, que apreenda o fenómeno da criação de espírito na sua unidade (técnico como artístico, de qualidade como medíocre...) e na sua diversidade” (463).

Nessa medida, poderíamos concordar com Luíz Franciso Rebello que, “o que o legislador teve em vista não foi limitar àquelas categorias de obras a exigência da originalidade, mas sim, atenta a sua específica natureza, apenas

(460) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 94, 96-7 (acrescentando em nota: “Melhor do que a fórmula da existência de nível artístico, que parece levar a considerações quantitativas que não permitem traçar uma fronteira”; não se acolhe, por isso, o critério da “unicidade estatística” proposto pelo autor suíço, Kummer, *Das urheberrechtliche schützbare Werk*, p. 55 s.; também no sentido de que a noção de originalidade nada tem de estatístico, v. por ex., Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 24 s.). Aquela orientação fora já antes exposta, escrevendo que: “Para a protecção destas obras exige a lei o mérito artístico. É uma exigência que não surge normalmente mesmo em relação às chamadas obras artísticas. [...] Em relação porém a obras com finalidade utilitária, podemos já dizer que só interessam ao Direito de Autor se conseguirem atingir o limiar da arte. Assim, as criações da moda não merecem genericamente a qualificação como obras de arte; mas já o são os uniformes da guarda suíça desenhados por Miguel Ângelo.” (Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, p. 225).

(461) Note-se, porém, que o critério de “*Gestaltungshöhe*”, como se constata, “cede actualmente em face de uma tendência mundial de sobrevalorização da protecção da concorrência através do abaixamento dos requisitos de protecção do direito de autor no sentido das ‘*kleine Münze*’” (Rehbinder, *Urheberrecht*, p. 88). Mas isso não significa, necessariamente, o fim do critério de *Schopfungshöhe* (v. Schricker, IIC 1995, p. 41). A figura das “*kleine Münze*” não é nova, embora tenda a ser favorecida pelas indústrias da cultura (v. Schraube, UFITA 1971, p. 127; Loewenheim, GRUR 1987, p. 761; Schulze, GRUR 1987, p. 769; Ebert, CR 1994, p. 29). Assiste-se, aliás, a que nos países de

sublinhar a necessidade de, aí também, ela se verificar. [...] A criatividade, ainda que em grau diminuto e de expressão fruste, é condição imprescindível da tutela legal” (464). Nessa medida, poderíamos falar numa exigência minimal de mérito em termos de “*neutralidade estética*” e até de “*neutralidade ética*” (465).

Não obstante, pensamos que a obra deverá ter o mérito mínimo, para ser original, de não ser meramente banal (466). E, por isso mesmo, não poderemos concordar com o entendimento de que “a banalidade de uma obra literária ou artística não é impeditiva da sua protegibilidade” (467). Salvo melhor juízo, a obra não será original se for banal, uma vez que não constituirá uma “criação pessoal”, como é critério da nossa jurisprudência superior. A atribuição do direito de autor visa premiar a criatividade ou originalidade, e não proteger a banalidade ou trivialidade. Assim, à obra banal faltará o requisito da

copyright como os EUA o critério do *sweat of the brow* tende a ser substituído pela exigência de um mínimo de criatividade, como prova o caso *Feist*, em termos que apontam no sentido da convergência das duas concepções em matéria de requisito de originalidade (neste sentido, Strowel, *Droit d'auteur et copyright*, p. 440 s.).

(462) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 95.

(463) Vivant, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, p. 417.

(464) Rebello, *Introdução*, p. 88-9 (referindo diversa jurisprudência nacional e estrangeira, no sentido da protecção, *inter alia*, de roteiros dos parques de campismo portugueses, volumes sobre itinerários turísticos, mapas de estradas, guias turísticos, programas de jogos e concursos, uma carta de vinhos franceses por região, um manual de instruções de utilização de uma máquina, um catálogo de programas de computador no domínio da medicina — p. 92-3).

(465) Rebello, *Introdução*, p. 91, acrescentando que, para o direito de autor, “uma obra genial e uma obra medíocre equivalem-se.” Ora, justamente, o filme de pornografia ou de outro modo contrário à moral pública e aos bons costumes, constitui um bom exemplo do modo como os juízos de valor poderão estar presentes. No direito francês, o filme de pornografia é protegível porque o direito de autor liga-se ao exercício e não ao acto estático, bastando existir marcas da personalidade do autor (por ex., a escolha das cenas) para que a protecção seja admitida. Note-se, porém, que neste país, no que constitui uma decisão histórica de referência, o poeta Charles Baudelaire não pôde publicar seis dos seus poemas de *Fleurs du Mal* na sequência da condenação do seu editor por julgamento de 20 de Agosto de 1857, por “ultraje à moral pública e aos bons costumes” (in Bertrand, *Le droit d'auteur*, p. 126). Por seu turno, o legislador alemão tirou qualquer possibilidade de apreciação jurisprudencial, considerando que este tipo de filmes, bem como assim os jornais de televisão, constituem “sequências de imagens” sem contributo pessoal, protegendo-se os direitos de divulgação mas não a própria “obra” (§§ 94, 95 UrhG; v., por ex., Nordemann/Vinck, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 2, p. 88).

(466) Neste sentido, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 93. Sobre o critério firmado pela nossa jurisprudência superior para as obras de arquitectura, que parece

originalidade e, por isso, não será protegida pelo direito de autor.

Em suma, a criação intelectual será obra, para efeitos de protecção pelo direito de autor, na medida em que constitua uma forma original de expressão comunicativa literária ou artística com sentido individual próprio, ainda que

contrariar uma “exigência particular”, apontando mesmo excessivamente no sentido de um minimalismo indiferente, *inclusive*, à originalidade, v. Ac. STJ, 18-6-1997, Proc. n.º 9/97 (“V — Para que uma obra de arquitectura beneficie de protecção legal, não se torna necessário que se esteja perante uma obra de arte arquitectónica, nem de uma obra de arte original.”).

(⁴⁶⁷) Rebello, *Introdução*, p. 92.

(⁴⁶⁸) Nas zonas de fronteira e de distinção entre o direito de autor e outros regimes de “propriedade intelectual”, refira-se, brevemente, que 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. Rel. Lisboa, 13-7-95, CJ, XX, IV, p. 87: “A R.T.P. não tem direito ao uso exclusivo do título ‘Telejornal’, já que este não representa uma criação original daquela.”). 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). Sendo que o género da obra delimita, em princípio, o “sector merceológico” no âmbito do qual é aferida a capacidade distintiva do título (v., sobre a não protecção do título “Primeira Página”, Ac. STJ, 5-12-90, BMJ n.º 402 (1991), p. 567, com apoio na doutrina, Ferrer Correia/Nogueira Serens, *Parecer*, p. 35: “O título do programa televisivo ‘Primeira Página’ não satisfaz o requisito da *originalidade*”). Para além disto, as regras da concorrência desleal poderão aplicar-se (art. 212.º) se a utilização do mesmo título em obras de género diferente puder induzir o público em erro quando à sua origem (neste sentido, ao que parece, Rebello, *Introdução*, p. 97). 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). 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). 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).

Será interessante notar, a este propósito, que a capacidade distintiva é um requisito de protecção de sinais distintivos do “comércio”, *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). Acresce que, relativamente à marca, é expressamente prevista a possibilidade de “ser constituída por frases publicitárias para produtos ou serviços a que respeitem, independentemente do direito de autor, desde que possuam carácter distintivo” (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”: art. 189.º, 1-*b*, CPI). 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 (v. Wandtke, GRUR Int. 1997, p. 573), na medida em que seja provido, simultaneamente, de originalidade e de capacidade distintiva (neste sentido, em relação ao título, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 604: “Um título, mesmo que protegido pelo Direito de Autor [...] pode ser protegido pelo Direito das Marcas.”). Trata-se, porém, de requisitos de natureza diferente, podendo haver originalidade sem haver 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. Com efeito: “Tudo isto mostra que o direito ao título não é já hoje um direito de autor. Parece correcta a qualificação alemã como direito conexo; o título goza de uma protecção afim da concedida pelo direito de autor, e que se obtém essencialmente através da técnica da extensão ao título da protecção da obra a que o título se refere.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 603; v., todavia, para uma crítica a esta posição, qualificando-a de “contraditória”, e sustentando que “continuamos logicamente a mover-nos dentro da esfera própria do Direito de Autor, e não dos direitos conexos”, Rebello, *Introdução*, p. 96; para uma análise de direito comparado, v. Ferrer Correia/Nogueira Serens, *Parecer*, p. 13 s.). Idênticas considerações valem, *mutatis mutandis*, para as regras de protecção do nome literário ou artístico, ou seja, do sinal identificativo do autor. Na verdade, “estas providências não têm que ver com o Direito de Autor. Não são direitos sobre uma obra, são direitos que brotam da defesa da personalidade, impedindo a confusão e, mais particularmente, a apropriação do nome por outrem. O facto de haver especialidades no nome literário justifica que esta matéria tenha sido incluída no Código, mas não a faz conteúdo do direito moral ou pessoal de autor.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 110). Diferente é a posição do Prof. Orlando de Carvalho, que integra o direito à identificação de autoria como faculdade do conteúdo pessoal do direito de autor. Nas suas palavras, “o direito de apor o nome ou outro sinal de identificação é apenas uma das faculdades em que a faculdade secundária da paternidade da obra se desentranha” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 544).

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-*c/d*, *in fine*, CPI), mas já não em relação aos processos e métodos operacionais “enquanto tais” —, depende de determinados critérios, cujo sentido é definido, em termos minuciosos, no texto da lei. Com efeito, ao contrário do CDADC, 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). Depois, 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, 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).

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*). 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.

Mas, poderá haver cúmulo de protecções? E, podendo-o, o titular dos direitos poderá socorrer-se de ambos os regimes? Na opinião do Prof. Oliveira Ascensão, a resposta deverá ser positiva à primeira questão e negativa à segunda: “[1.ª] Temos assim que deverão funcionar os dois sistemas de normas. «Independentemente da protecção relativa à propriedade industrial» significa também que a tutela existe mesmo que haja tutela pelo Direito Industrial. [2.ª] Embora o ponto seja duvidoso, inclinamo-nos para a resposta negativa. Cada qualificação traz um sistema completo de protecção. Impressiona-nos particularmente a latitude da tutela pelo Direito de Autor, que parece tornar despropositado ainda o acrescento que fosse tirado de outro ramo do Direito.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 498, e, *Direito Industrial*, p. 227, 229: “ou a obra de arte aplicada tem carácter artístico e é protegida só pelo Direito de Autor, ou não tem e só é protegida pelo Direito Industrial. A lei não abre pois aos interessados uma alternativa entre duas vias de tutela. Do seu sistema pode concluir-se que há uma presunção de que o bem protegido como modelo ou desenho industrial não tem carácter artístico.”). 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 perderem a individualidade característica de obras de arte. 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. O ponto, todavia, é duvidoso.

Regressando 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). 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. Na verdade, a origem de uma tal forma de expressão comunicativa não será susceptível de poder ser atribuída à pessoa criadora da obra, não constituindo, portanto, uma criação intelectual sua. Por outras palavras, 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). Trata-se, portanto, de uma excepção à regra segundo a qual “direito de autor é reconhecido independentemente de registo, depósito ou qualquer outra formalidade” (art. 12.º) ou, noutros termos, o “direito de autor e os direitos deste derivados adquirem-se independentemente de registo” (art. 213.º). Depois, em sede de nome literário ou artístico (art. 216.º), 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.).

Desenvolvendo um pouco esta breve análise comparativa dos regimes de propriedade intelectual, anteciparemos já que os direitos de propriedade industrial (CPI) apresentam semelhanças de regime com os direitos de autor (para uma análise mais pormenorizada, v. Oliveira Ascensão, *Direito Industrial, passim, O Projecto de Código da Propriedade Industrial*, 1997). Assim, “o direito à patente pertence ao inventor ou seus sucessores por qualquer título”; sendo que, “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; 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). 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). 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).

Depois, 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). 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), 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). Ademais, a exploração da patente é, em certos termos, obrigatória (art. 103.º), sob pena de caducidade (art. 121.º), podendo o Estado expropriá-la, por utilidade pública, 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). 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), podendo ser requeridas por qualquer pessoa em determinadas circunstâncias (art. 110.º *et seq.*). 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, 134.º a 136.º e 162.º) 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), 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). 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). 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: 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” (arts. 219.º, 232.º, 248.º, 249.º, 4).

Por outro lado, a disponibilidade dos direitos de propriedade industrial é regulada em termos gerais nos arts. 29.º e 30.º 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 locais. 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 necessário 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).

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

Desta breve análise resultam algumas semelhanças entre o direito de autor (e os direitos conexos) e os direitos de propriedade industrial. Como veremos, 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 autor é muito mais forte do que nos regimes de propriedade industrial, que aqui aparece quase “marginalmente”. Estas diferenças de regime levam o Prof. Oliveira Ascensão a afastar a existência de princípios comuns entre os dois institutos. Não obstante, considera que, em sede de natureza jurídica, apesar da terminologia legal, estes também seriam direitos de exclusivo (v. Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, p. 389 s.). 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 a teoria dos direitos de exclusivo ou monopólio (Franceschelli, Picard, Dabin), que sustenta, como fizera já em sede de direito de autor, considerando que se trata de uma quarta categoria de direitos subjectivos (além dos direitos de créditos, reais e de personalidade). Nas suas palavras: “A lei que estabelece o direito sobre o bem imaterial não dá ao titular faculdades que ele anteriormente não tivesse; o seu sentido é privar os terceiros do exercício dessas faculdades. Eis porque nos parece de rejeitar a admissão de um conteúdo positivo, que não seja mero reflexo da proibição imposta aos terceiros [...] estes direitos não recaem sobre bens imateriais, tais como os direitos reais recaem sobre coisas; mas que são antes direitos que se constroem *a propósito* de bens imateriais. [...] O objecto é assim um bem que surge como a referência de um direito, ou a que este funcionalmente se dirige como nos créditos, e não a matéria de uma dominação. Nos direitos intelectuais, o objecto é o ponto de referência do exclusivo de exploração económica que se estabelece. [Em suma:] A própria evolução económica leva assim a que a estes direitos seja retirado o manto ideológico do direito de

de carácter utilitário ou funcional (468).

6. Ora, regressando às bases de dados, da aplicação destes pressupostos, como sustenta o Prof. Oliveira Ascensão, dever-se-ia “excluir imediatamente da tutela pelo direito de autor a maioria das bases de dados[, sendo que,] mesmo quando o material da base de dados são obras literárias ou artísticas e quando o seu critério é criativo [por ex., um *thesaurus*], a base de dados pode não ser tutelada pelo Direito de Autor” (469).

Se bem que não discordemos, no essencial, do resultado obtido, sentimos porém já algumas dificuldades em seguir o entendimento de que: “Por ser obra de carácter utilitário, haveria que acrescentar o requisito da originalidade, nos termos anteriormente referidos. Haveria pois uma exigência particular em relação às restantes obras” (470).

A nosso ver, a originalidade constitui um requisito principal, e não adicional, de protecção, qualquer que seja o género e o objectivo da obra. O problema está em que, quanto mais utilitária for uma obra, tanto menor será a margem de liberdade de criação, uma vez que a forma de expressão obtida será tendencialmente pré-ordenada à concretização de um “critério funcional” ou “esquema para a acção”.

Todavia, isso não significa, necessariamente, que não possa existir uma forma de expressão original susceptível de individualizar, de modo autónomo, uma criação intelectual. Nas bases de dados a originalidade refere-se à sua estrutura, em termos de se poder afirmar a “criatividade do conjunto”. Por isso, não sustentamos que seja necessário acrescentar o requisito da originalidade às bases de dados em razão do seu carácter utilitário. Ou bem que a estrutura da base de dados é, nos termos referidos, original, ou bem que não é. Só no primeiro caso será a base de dados protegida pelo direito de autor, sendo irrelevante, enquanto tal, o seu carácter utilitário.

O âmbito de protecção do direito de autor não abrange o conteúdo funcional da base de dados, o qual é fornecido pelo “critério” utilizado na criação da sua estrutura. Por outro lado, também não abrange o conteúdo material da base de dados enquanto tal. Referindo-se apenas à estrutura da base, o direito de autor deixa de fora os próprios dados, qualquer que seja

propriedade para se revelarem na sua realidade de direitos de exclusivo.” (Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, p. 399, 403-4, 409; para uma análise de direito comparado, v., em especial, Troller, *Immaterialgüterrecht*, 1983-5; Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 1996; Hubmann/Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 1998; Bonet, *Code de la Propriété*

a sua natureza. Melhor dito, esses dados, se constituírem obras, poderão ser protegidos pelo direito de autor, sendo necessária, em princípio, a autorização do respectivo titular para a sua incorporação e exploração na base de dados ⁽⁴⁷¹⁾.

Também por esta razão, o direito de autor acaba por conceder uma protecção “fragmentária” aos produtores de bases de dados. Por isso, concordamos com o Prof. Oliveira Ascensão quando, de *lege ferenda*, sustenta a protecção da bases de dados pela “outorga de um direito intelectual específico ou um direito conexo. [...] A contemplação como direito intelectual específico permite englobar na tutela todas as bases de dados, mesmo aquelas que não englobam obras literárias ou artísticas. O valor que a própria base representa seria em qualquer caso tutelado” ⁽⁴⁷²⁾.

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).

⁽⁴⁶⁹⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 488-9.

⁽⁴⁷⁰⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 488.

⁽⁴⁷¹⁾ Em certos casos, essa autorização não será necessária. Assim, por ex., no que respeita às “bases referenciais”, isto é, àquelas bases de dados “em que se dão indicações da obra que não tocam o seu conteúdo”, podendo essa referência ser feita por extracto, por descritores (de assuntos) e por indicações gerais (por ex., nome do autor e do editor, título, data da publicação, formato, número de páginas). Nas referências por extracto parecem levantar-se alguns problemas. Na opinião do Prof. Oliveira Ascensão, a referência por extracto realizada por resumo, quer por terceiro, quer pelo próprio, deverá ser livre se prosseguir fins de informação. Em abono deste entendimento, invoca a utilização livre de citações ou resumos prevista no art. 75.º-f, que interpreta segundo o princípio geral contido no art. 10.º, 1, da Convenção de Berna; porém, o mesmo já não valerá se o resumo feito por terceiro se traduzir na “apropriação por palavras diferentes do conteúdo da obra” ou se o próprio autor que fornece um resumo protegido como obra tiver excluído a sua utilização (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 476-8; ao que parece, por maioria de razão, o direito de citação poderá justificar também casos de utilização parcial da própria obra em que o extracto é constituído “pelo recorte de passos do texto” — p. 477).

Concordamos, no essencial, com esta posição. Sentimos, porém, algumas dificuldades em sustentar que a “apropriação do conteúdo da obra por palavras diferentes” seja, necessariamente, um acto ilícito em face do direito de autor, pelo menos no que respeita ao conteúdo ideativo-funcional da obra. Para haver plágio é necessário, pelo menos, que a obra plagiária seja “de tal modo semelhante que não tenha individualidade própria” (art. 196.º, 1, *in fine*). Porém, esse círculo de semelhança ou diferença apura-se por referência à forma de expressão, ainda que interna ou sequencial, da obra plagiada, mas já não ao seu conteúdo ideativo-funcional. Esta linha de demarcação do âmbito de protecção do

A nosso ver, porém, apesar dessa tutela através de um direito específico, que se destina a proteger o investimento na produção de bases de dados, não deverão deixar de ser protegidas pelo direito de autor, autonomamente, as estruturas criativas das bases de dados, na medida em que traduzam formas originais de expressão comunicativa susceptíveis de individualizarem criações intelectuais. Esta forma dualista de protecção corresponde, como veremos, à orientação consagrada pela Directiva Bases de Dados.

Refira-se, todavia, que à semelhança do que já fizera com os programas de computador, o legislador comunitário não parece excluir do objecto de protecção do direito de autor o critério ou conteúdo funcional da base de dados, pois considera que “a protecção prevista na presente directiva pode ser igualmente aplicável aos elementos necessários ao funcionamento ou à consulta de certas bases de dados, como o *thesaurus* e os sistemas de indexação” ⁽⁴⁷³⁾.

O que, de novo, representará um alargamento anómalo em relação ao tradicional objecto de protecção do direito de autor. Trata-se tais elementos de métodos operativos ou processos funcionais que, enquanto tais, deveriam ser excluídos, segundo os cânones tradicionais, do âmbito de protecção do direito de autor.

§ 26. CRIAÇÕES MULTIMEDIA

1. O neologismo multimedia, à semelhança do termo *software*, chamou as atenções dos cultores do direito de autor, sendo objecto de múltiplas

direito de autor é traçada pelo princípio fundamental vazado no art. 1.º, 2: “As ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas não são, por si só e enquanto tais, protegidos nos termos deste Código.” É isto que designamos o conteúdo ideativo-funcional da obra, o qual, enquanto tal, não é, tradicionalmente, protegido pelo direito de autor.

⁽⁴⁷²⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 489.

⁽⁴⁷³⁾ Cons. 20 Directiva Bases de Dados.

⁽⁴⁷⁴⁾ Sobre a problemática do multimedia, entre numerosos artigos de revistas, v. Scott/Talbott, EIPR 1993, p. 284; Cohen, CL&P 1993, p. 29; Nejman, DIT 4/1994, p. 8; Gautier, RIDA 1994, p. 91, D. 1996, p. 131; Hoeren, CR 1994, p. 390, CR 1995, p. 710; Turner, EIPR 1995, p. 107; Koch, GRUR 1995, p. 459; Henry, Ent LR 1995, p. 79; Wittweiler, UFITA 1995, p. 5; Wachter, GRUR Int. 1995, p. 860; Edelman, D. 1995, p. 112; Hill, CoL 3/1996, p. 16; Ginsburg/Sirinelli, JCP 1996, p. 65; Cameron, EIPR 1996, p. 115; Kreile/Becker, GRUR Int. 1996, p. 677; Saez, Rutgers LJ 1996, p. 351; Loewenheim, GRUR 1996, p. 830, IIC 1996, p. 41; Beutler, UFITA 1997, p. 5;

análises ⁽⁴⁷⁴⁾. Gradualmente, impôs-se como designação de uma categoria de obras ou produções protegidas pelo direito de autor e direitos conexos.

Segundo uma caracterização do multimedia proposta entre nós, “trata-se do tipo especial de criação intelectual que permite expressar ideias e sentimentos fazendo uso coordenado e simultâneo de textos, sons e imagens, organizados de tal forma que o público destinatário da obra possa interagir com ou sobre a mesma, obtendo dela diversos resultados, segundo sejam as acções que realiza em resposta às propostas da obra” ⁽⁴⁷⁵⁾.

Podemos, assim, dizer que as criações multimedia constituem uma outra espécie não prevista no catálogo de exemplos de obras. Na verdade, gerado no ventre do paradigma da tecnologia digital, o multimedia tem-se afirmado como designação de uma nova forma de criação cultural que reclama acolhimento, como obra, no seio do direito de autor.

Mas, constituirá o multimedia obra para efeitos de protecção pelo direito de autor ⁽⁴⁷⁶⁾? Será adequado transportar para o direito de autor a designação dada às empresas que exploram diferentes meios de comunicação (imprensa, rádio, televisão e, agora, serviços interactivos)?

Como refere Rogel Vide, as “editoras de livros, com efeito e cada vez mais, entram em *liza* com os produtores de fonogramas ou de filmes, com as empresas televisivas e os mesmos fabricantes de suportes lógicos de computador, de material informático, de cabo ou telefone em relação com as novas categorias de obras nas quais todos querem participar, intervir, obras — as referidas — que também se denominam ‘multimedia’. / A translação do termo ‘multimedia’ das empresas para as obras, por incorrecta que seja tecnicamente falando — o que veremos —, é indicativa, sintomática, premonitória da vocação, do propósito que as referidas empresas têm de fazer-se com os direitos todos,

Bechtold, GRUR 1998, p. 18; Cunegatti, Gattei, DII 1998, p. 453, p. 469; noutras publicações, v. entre nós, Rocha Victória, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 175; Rebello, in Mestmäcker/Schulze, *Kommentar*, II, 1997; no direito comparado, v., por ex., Lucas, *Droit d’auteur et mutimédia*, p. 325; Garhman, *What is Multimedia?*, p. 10; Hoeren, *Legal Aspects*, p. 52, *Multimedia*, p. 17; Rogel Vide, *Obras “multimedia”*, 1997; para uma análise mais geral, v., ainda, Scott, *Multimedia*, 1993; Monet, *Le multimédia*, 1995; Demnard-Tellier (dir.), *Le multimedia et le droit*, 1996; Bruhn, *Multimedia-Kommunikation*, 1997. Veja-se agora o nosso *Da obra multimedia como objecto de direitos de propriedade intelectual: arte digital, programas de computador e bases de dados electrónicas, passim*.

⁽⁴⁷⁵⁾ Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 59.

⁽⁴⁷⁶⁾ Luiz Francisco Rebello refere-se ao fenómeno multimedia, dizendo que “obras dos mais diversos géneros (literárias e musicais, plásticas e cinematográficas) podem

com a titularidade originária e exclusiva que as obras que patrocinam, obras muito custosas, nas quais investiram muito, que geraram com grandes esforços, ‘com muito suor na testa’, em terminologia grata, há poucos anos, à jurisprudência estadunidense” (477).

2. Ora, é consensual o entendimento de que a “delimitação definitiva do termo multimedia afigura-se difícil” (478). Com efeito, esta palavra, “embora se tenha tornado moda, está longe de ter os seus contornos definidos” (479).

São inúmeras as tentativas de atribuir ao termo um conteúdo semântico válido e todas se deparam com o paradoxo que a palavra pode encerrar. O médium não é múltiplo. O *medium* é só um. E esse médium é o digital, isto, é, sequências numéricas de zeros e uns. Não obstante, a sua percepção sensorial é múltipla, combinando texto, som, imagens, animadas ou não, a tudo isto se juntando a faculdade de utilização interactiva.

Podemos, todavia, partir de uma caracterização do multimedia, enquanto possível objecto de direitos de propriedade intelectual, como um conjunto integrado de vários elementos informativos (imagem, fixa ou animada, texto, som e outros dados) expresso unitariamente sob formato digital e processado interactivamente por programas de computador. Esta caracterização aproxima-se da noção de Sirinelli seguida por Van Asbroeck, nos termos da qual “entendemos por obra multimedia a reunião num mesmo suporte digital (fora de linha/off line) ou da consulta (em linha/on line) de elementos de géneros diferentes, e nomeadamente sons, textos, imagens fixas ou animadas, programas informáticos, cuja estrutura e acesso são regidos por um suporte lógico permitindo a interactividade, e que foi concebida para ter uma identidade própria, diferente daquela resultante da simples reunião dos elementos que a compõem” (480).

Em termos próximos, ainda, é de referir a “noção aproximada de criação multimédia” proposta por Victoria Rocha, nos termos da qual: “Na essência, constitui uma combinação de texto, imagens, fixas ou em movimento, e sons digitais, através de um programa de computador que permite interactividade” (481).

também reunir-se num único suporte sob forma numérica” (Rebello, *Introdução*, p. 202). Trata-se, porém, de uma caracterização que se centra na nota da digitalização, omitindo outros pontos essenciais, *maxime* a interactividade, que deverão ser imprimidos ao termo multimedia, se o quisermos utilizar com alguma propriedade. Nota essa que parece não reconhecer, ainda, na recente caracterização das obras multimedia: v. Rebello, *Multimedia*

A nosso ver, qualquer uma destas noções será prestável, uma vez que reúnem três características ‘típicas’ do multimedia *proprio sensu*: 1.^a integração conjunta ou combinação de vários elementos comunicativos, como sejam, texto, imagem, fixa ou animada, som e outros dados; 2.^a digitalização unitária desses elementos; 3.^a interactividade do seu processamento mediante programas de computador. Estas características correspondem a três dimensões do multimedia, analisando-se, respectivamente, na composição estrutural, na forma comunicativa e na dinâmica funcional.

Em primeiro lugar, ao nível da composição estrutural, a integração significa que o multimedia é composto por diversos elementos, os quais podem constituir obras ou prestações protegidas, respectivamente, pelo direito de autor e pelos direitos conexos, para além de outros dados protegidos, como os dados pessoais. Assim, a produção do multimedia põe, desde logo, problemas de direito de autor ao nível da sua composição. Acresce que esses elementos são integrados num conjunto segundo uma determinada estrutura, na qual se traduz a organização estática do multimedia.

Em segundo lugar, ao nível da forma comunicativa, a digitalização significa que o multimedia reveste formato digital, ou seja, exprime-se através de um código binário (ou “linguagem” de baixo nível) representado por sequências numéricas de zeros e uns. Vale isto por dizer que a inteligibilidade humana do multimedia pressupõe a sua mediação comunicativa por tecnologias informáticas, isto é, por computadores.

Em terceiro lugar, ao nível da dinâmica funcional, a interactividade significa que o multimedia permite ao utilizador, ao invés dos *mass media* tradicionais (imprensa, rádio, televisão), desempenhar um papel activo — que não meramente passivo — no consumo de conteúdos informativos, através da sua personalização, gestão ou manipulação, mediante programas de computador. Por outras palavras, a interactividade traduz a organização tipicamente dinâmica do multimedia, possibilitando ao utilizador o desempenho de funções activas — e até criativas — através de programas de computador no processamento dos conteúdos informativos, desde logo, pela autodeterminação do seu consumo.

Sendo que a interactividade, como elemento essencial do multimedia ⁽⁴⁸²⁾, assume um sentido amplo e um sentido restrito consoante o acesso ao conteúdo

(Portugal), in Mestmäcker/Schulze, *Kommentar*, II, p. 2.

⁽⁴⁷⁷⁾ Rogel Vide, *Obras “multimedia”*, p. 93-4.

⁽⁴⁷⁸⁾ Hoeren, *Multimedia — Eine Herausforderung*, p. 20.

informativo seja feito, respectivamente, em linha, *maxime* via Internet, ou fora de linha, mediante aquisição, *v. g.*, de CD-ROM ou CD-I. Em sentido amplo, a interactividade significa que o utilizador, para além de poder influir activamente na sua utilização, tem a faculdade de aceder ao conteúdo informativo disponível na rede no momento e no local por ele escolhidos individualmente. Basta-lhe, para tanto, que disponha de um televisor interoperável com computador ligado por telefone à rede, pois que, como vimos, o paradigma da tecnologia digital tornou possível a convergência das telecomunicações, do audiovisual e da informática através da interoperabilidade da tríade radiotelevisão-computador-telefone, com ou sem fio. Em sentido estrito, a interactividade é restrita à conformação pessoal da utilização do multimedia adquirido no mercado fora de linha ⁽⁴⁸³⁾.

Em suma, desta caracterização dos traços fundamentais do multimedia podemos concluir que se trata de um sistema comunicativo, expresso unitariamente sob formato digital, composto por diversos elementos informativos (texto, som, imagens fixas ou animadas, e/ou outros dados) que são integrados conjuntamente segundo uma determinada estrutura organizatória, possibilitando ao utilizador o seu processamento funcional interactivo mediante programas de computador ⁽⁴⁸⁴⁾.

⁽⁴⁷⁹⁾ Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 175.

⁽⁴⁸⁰⁾ Asbroeck, *L'oeuvre B.D. multimedia*, p. 163.

⁽⁴⁸¹⁾ Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 183.

⁽⁴⁸²⁾ Por todos, Lucas, *Droit d'auteur et multimedia*, p. 325 (“L’interactivité semble bien desormais d’être de l’essence du multimedia.”); *v.*, ainda, por ex., Nejman, DIT 4/1994, p. 8.

⁽⁴⁸³⁾ Em sentido próximo, Victoria Rocha considera que a interactividade “é componente essencial do actual fenómeno multimédia”, apontando “duas formas distintas de interactividade que a digitalização permite: pessoa-máquina e pessoa-pessoa. No primeiro modelo significa que é possível ao utilizador interagir, através de um sistema operativo de computador, com uma base de dados, construindo uma variedade de combinações e caminhos a partir de informação digitalizada pré-estabelecida. Temos o exemplo dos jogos de computador, das bases de dados digitais, do jornal digital. / O segundo modelo é o do telefone. Veja-se, em parte, o exemplo da Internet.” (Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 178-9, *v.*, ainda, p. 185-6, p. 201, considerando que a há “diversos graus de interactividade” e que a “interactividade permitida pela digitalização” é “característica distintiva dos actuais produtos multimédia”).

⁽⁴⁸⁴⁾ No Livro Verde 1995 (p. 19 s.) os produtos e serviços multimedia são caracterizados como combinações de dados e de obras de natureza diferente, tais como a imagem (fixa ou animada), o texto, a música e os programas informáticos, sendo que, a

3. Mas, mais uma vez, será rigoroso falar de obras multimedia para efeitos de protecção pelo direito de autor? Tratar-se-á de uma nova forma de expressão comunicativa? Ou, pelo contrário, será assimilável aos tipos de obras previstos e regulados na lei?

As obras multimedia, enquanto tais, não constam do catálogo de criações intelectuais do domínio literário, científico ou artístico protegidas pelo direito de autor. Coloca-se, portanto, o problema de saber se as obras multimedia são assimiláveis a algum dos tipos de obras aí previstas. Trata-se, é certo, de um catálogo aberto, de natureza exemplificativa, que, por isso, não tipifica taxativamente as espécies de obras susceptíveis de beneficiarem de protecção pelo direito de autor. Nessa medida, poderiam ser protegidas como “obras inominadas”. Com efeito, não é requisito de protecção que uma obra seja equiparada a um dos exemplos contantes do catálogo, como resulta do termo “nomeadamente”. Mas, uma tal ordenação não é irrelevante, uma vez que para determinados tipos de obras são previstas regras especiais (por ex., o regime das obras audiovisuais).

Por outro lado, o facto de as obras multimedia se apresentarem sob forma digital não significa, só por si, que se trate de um novo tipo de obra. A forma de expressão é irrelevante para o direito de autor. De acordo com o seu conteúdo, pode tratar-se de uma obra literária, musical ou audiovisual, apesar de ser fixada sob forma digital. No essencial, os diversos tipos de obras distinguem-se consoante o meio de expressão utilizado: nas obras literárias, a linguagem (escrita), nas obras musicais, o som, e nas obras de artes aplicadas, meios visuais de duas ou três dimensões. Segundo um certo entendimento, a obra audiovisual constituirá uma excepção a esta qualificação, por combinar diversos modos inseparáveis de expressão; enquanto tal, seria considerada pelo direito de autor, autonomamente, como obra unitária ⁽⁴⁸⁵⁾.

4. Têm sido propostas diversas qualificações para as obras multimedia. Em regra, assimilam as criações multimedia a tipos de obras já previstos e regulados.

interactividade, que permite a manipulação dos conteúdos, é apontada como o vector comum de interligação destes serviços, a maior parte dos quais “será operada a partir de bases de dados”, mediante remuneração; ao contrário das emissões radiodifundidas (ponto a multiponto), em que consumo se faz de forma passiva, os novos serviços são prestados (ponto a ponto) a pedido do consumidor que tem controlo directo sobre os programas (por ex., vídeo a pedido, museus virtuais, jornais electrónicos, tele-ensino, etc.).

⁽⁴⁸⁵⁾ Trata-se da chamada “Gesamtkunstwerk” (Nordemann/Vinck, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 2, p. 87; v., ainda, por todos, v. Gamm,

São de destacar três propostas principais de qualificação, ora como obras audiovisuais ⁽⁴⁸⁶⁾, ora como bases de dados ⁽⁴⁸⁷⁾, ora como programas de

Urheberrechtsgesetz, § 2 Rdnr. 2).

⁽⁴⁸⁶⁾ NII White Paper, p. 44 s.; Edelman, D. 1995, p. 112; Turner, EIPR 1995, p. 107; Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 66; Latreille, JCP 1998, p. 1419.

⁽⁴⁸⁷⁾ Hoeren, CR 1994, p. 393; Mallet-Poujol, DIT 1/1996, p. 7; Loewenheim, GRUR 1996, p. 832; Berger, GRUR 1997, p. 170-1; v. Directiva Bases de Dados, cons. 22. Esta parece ser a posição sustentada, entre nós, por Victoria Rocha, pois escreve que “no âmbito do GATT e da União Europeia se adopta uma noção muito ampla de base de dados que pode perfeitamente incorporar as criações multimédia como um todo, e não apenas as bases de dados em sentido técnico que estas aplicações integram, parecendo a qualificação como bases de dados, neste sentido lato, assumir prioridade sobre as outras qualificações. [...] As criações multimédia são susceptíveis de protecção como compilações, [...] também podem ser protegidas partes da obra multimédia, ou as suas fases preparatórias” (Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 192, p. 194-5; note-se, porém, que a A. distingue “o plano da classificação doutrinal e o plano da protecção”, sustentando que, em relação ao primeiro, “não nos parece poder incluir a multimédia numa categoria específica, isto é, rotulá-la apenas como obra literária, artística ou científica. Aliás, como o próprio nome indica. Isto porque, por um lado, a multimédia abrange temas e realidades muito diferentes, por outro, porque se caracteriza, precisamente, por reunir os materiais provenientes de géneros diversos. Assim, e procurando o denominador comum das criações multimédia, podemos concluir que se caracterizam por ser um híbrido, uma mistura de géneros, podendo simultaneamente ser vistas como obras literárias e artísticas, na acepção da Convenção de Berna. Isto, a menos que se tenha uma visão reducionista dando relevância fundamental ao facto de serem criações digitalizadas, o que as levaria à inclusão nas obras literárias!” — p. 193-4). O legislador português veio, agora, pronunciar-se pela caracterização do multimedia segundo a definição de bases de dados da Directiva comunitária (cfr. Portaria n.º 279/2000, 22-5, que aprova o regulamento de apoio financeiro ao desenvolvimento de projectos multimedia e produção de obras multimedia).

⁽⁴⁸⁸⁾ Corrales, *Programas de computador, sistemas multimedia e interactividad*, p. 678 (tratar-se-ia, nas suas palavras, de um “Programa de Cómputo Multimedia”); Koch, GRUR 1995, p. 461; mais recentemente, Cunegatti, Gattei, DII 1998, p. 464, 483.

⁽⁴⁸⁹⁾ A este resultado se chegaria, entre nós, por aplicação do regime do contrato de produção cinematográfica que é aplicável às demais obras audiovisuais (art. 140.º). Apesar de se pressupor a qualificação da obra audiovisual como obra em colaboração, dispõe-se que o exercício dos direitos da sua exploração económica compete ao produtor, bastando, para o efeito, que o autor tenha autorizado, expressa ou implicitamente, a exibição (art. 125.º, 2). Sendo que essa autorização de exibição parece resultar da própria lei, uma vez que, salvo estipulação especial, a autorização para produção implica a autorização para distribuição e exibição do filme em salas públicas de cinema, bem como para a sua exploração económica por esse meio (art. 127.º, 2). Nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão, “a primeira autorização traz implícita as outras, salvo estipulação em con-

computador (488). A primeira qualificação teria a vantagem de atribuir ao produtor os direitos de exploração económica da obra (489). A segunda,

trário. Como nenhum produtor vai admitir estipulação em contrário, temos que, na prática, só ao produtor cabe a exploração económica, remetendo-se os «autores» à remuneração ajustada”. (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 523-4).

Assim, apesar de a nossa lei não consagrar o sistema da cessão, legal ou presumida, dos direitos de exploração económica ao produtor, não deixa de o beneficiar, tendo em conta que “é o empresário do filme e como tal organiza a feitura da obra cinematográfica, assegura os meios necessários e assume as responsabilidades técnicas e financeiras inerentes” (art. 126.º, 1). A aplicação deste regime às obras multimedia deveria ter em conta que a forma normal de exploração económica destas obras não se processa mediante distribuição e exibição em salas de cinema, mas antes através da comunicação ao público em rede, assemelhando-se, portanto, à produção de obras audiovisuais por organismo de radiodifusão (art. 127.º, 5). Todavia, para a sua distribuição no mercado fora-de-linha, a menos que se equiparasse a produção de obras multimedia à fixação fonográfica e videográfica — para que o produtor pudesse reproduzir e vender os exemplares reproduzidos sem necessidade de autorização especial (art. 141.º, 3) —, a sua reprodução, exploração ou exibição sob forma de videograma dependeria de autorização dos respectivos autores (art. 127.º, 3, *in fine*).

A analogia das obras multimedia é feita com as obras audiovisuais, na medida em que combinam diversos meios de expressão. Por essa razão, é recorrente a proposta de as tratar como figuras análogas às obras audiovisuais. Concebendo-se estas últimas como seqüências animadas de imagens acompanhadas, ou não, de som, sustenta-se que os produtos multimedia revestem também estas características (Hoeren, CR 1994, p. 392). Além disso, esta qualificação teria a seu favor a jurisprudência firmada de qualificar os jogos de vídeo como obras audiovisuais [na Alemanha, v. BayObLG — *Computerspielen*, NJW 1992, p. 3049-50, e JZ 1993, p. 104, anot. de Ulrich Weber; nos EUA, *Atari Games Corp. v. Oman* (1989, 1992, 1994), *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.* (2nd Cir. 1992), *Stern Electronics, Inc. v. Kaufman* (3rd Cir. 1982)]. Na verdade, os chamados *video-games* são, porventura, o exemplo mais acabado das criações multimedia: combinam, de modo interactivo e sob forma digital, texto, som e imagens, não estando excluída a possibilidade de efeitos sensoriais especiais. Pense-se, por ex., num “jogo de vídeo” que transmite uma sensação de realidade virtual, como sejam os simuladores de condução desportiva: esta obra combina, sob forma digital, diversos sons (por ex., música e efeitos sonoros), imagens (por ex., fotografias de automóveis reais, pessoas), textos (por ex., descritores das pistas de condução, dos pilotos, dos desempenhos do condutor), cuja utilização é processada em termos interactivos (possibilidade de escolher e personalizar o automóvel, o piloto, a pista, a equipa; controlo “real” da condução do veículo, sem excluir os acidentes, etc.); ao mesmo tempo, a utilização deste jogo electrónico de simulação de condução produz automaticamente ou permite gerar outras combinações desses elementos, bem como a sua gravação, etc. Nestes casos, o programa de computador que permite o funcionamento do jogo e os diversos dados do seu conteúdo informativo interactivamente processado revestem particular significado; a sua protecção enquanto programas de

subsumindo-se o produto multimedia à noção de bases de dados do legislador comunitário, atribuiria ao produtor um direito *sui generis* sobre partes substanciais do seu conteúdo (490). A terceira teria a vantagem de atribuir os direitos ao empregador, no caso de a obra ser produzida no quadro de uma relação laboral (491).

Não se excluiria, também, a possibilidade de um cúmulo de qualificações jurídicas, segundo o *dictum* de que multimedia seria, no fundo, igual a “Multilegia” (492). Como regra de ordenação deste cúmulo de qualificações jurídicas, propõe Rogel Vide, tendo em conta que as obras multimedia poderão integrar diversos tipos de obras (por ex., programa de computador, base de dados, obras audiovisuais), que os respectivos regimes sejam aplicáveis segundo as regras da combinação ou da absorção, à semelhança dos critérios que regem os contratos mistos (493).

Além disso, sustenta-se, relativamente à titularidade dos direitos, que, enquanto obras criadas por uma pluralidade de pessoas (por ex., o “realizador”, o estenógrafo, o autor dos textos e da programação informática), as obras multimedia poderiam qualificar-se como obras colectivas (494), no sentido de atribuir os direitos à empresa, que organizasse e dirigisse a sua criação e em nome da qual fosse colocada à disposição do público. Esta qualificação poderia contornar os obstáculos à exploração económica dos produtos multimedia, que a sua consideração como obras audiovisuais ainda levantaria, sobretudo nos países que as concebem como obras em colaboração, como é o nosso caso.

Não obstante, as obras multimedia, por recorrerem, em regra, a material pré-existente, deveriam qualificar-se, via de regra, como obras compósitas, sendo necessária a autorização dos titulares dos direitos das obras nelas incorporadas (495).

Refira-se, por outro lado, que, ao nível da orientação comunitária (496), a Proposta caracterizou os produtos multimedia como uma “combinação de

computador e, ao mesmo tempo, bases de dados, nos termos da noção da Directiva Bases de Dados, será, a nosso ver, mais adequada, do que como obras audiovisuais (no sentido da protecção dos jogos-vídeo como programas de computador, Bertrand, *Le droit d'auteur*, p. 508; sobre a protecção jurídica da apresentação visual, ou “look and feel”, v. Schlatter, *La presentación visual*, p. 681 s., Bainbridge, *Software Copyright Law*, p. 76 s.).

(490) Lehmann, NJW-CoR 1996, p. 249; Berger, GRUR 1997, p. 171.

(491) Hoeren, CR 1994, p. 393; Koch, GRUR 1995, p. 463.

(492) Hoeren, CR 1994, p. 390.

todos estes elementos” (textos, sons, imagens, dados). Mas remonta ao Livro Verde 1988 a referência a “vários tipos de informação, possivelmente acompanhada de imagem e som, registados sob forma digital em vários tipos de suportes” e a referência à “criação de formas inovadoras de obras audiovisuais” (497).

No Livro Verde 1995, a obra multimedia foi já expressamente apontada como um exemplo de “criações resultantes da participação de um grande número de indivíduos, cuja contribuição própria é frequentemente difícil de isolar, pertencendo a iniciativa (através de contratos de encomenda) e a responsabilidade, tanto artística como financeira, a uma pessoa colectiva”, caracterizando-se, ainda, por ser “de tipo compósito, recorrendo a obras preexistentes”, sendo, portanto, em suma, uma obra “compósita ou complexa”. Por seu turno, no seu Parecer sobre este Livro, o Comité Económico e Social considerou que a directiva sobre a protecção jurídica das bases de dados seria suficiente para proteger a maior parte dos produtos multimedia.

Por último, no Seguimento 1996, os produtos multimedia são apontados como “objectos protegidos complexos”. É, concerteza, uma “obra complexa”. Só que este qualificativo, só por si, diz pouco quanto ao regime jurídico a que deverão estar sujeitas.

5. Ora, sem procurarmos dar uma resposta acabada e definitiva ao problema, sempre diremos que, salvo melhor opinião, o termo multimedia, apesar de não ser, em si, muito rigoroso, poderá designar uma espécie inominada de obras susceptíveis de beneficiar de protecção pelo direito de autor e pelos direitos conexos, uma vez satisfeitos os requisitos de tutela. Isso significa que só faz sentido falar de obras multimedia, enquanto tais, se não se tratar de obras audiovisuais, programas de computador ou bases de dados. A individualidade das obras multimedia poderá estar, não obstante, na integração unitária de programas de computador, bases de dados e, até, de obras audiovisuais. Os primeiros imprimem a nota típica da interactividade. As segundas traduzem a característica da estrutura e do conteúdo.

Não obstante, para se falar em obras multimedia é necessário que a interactividade não seja apenas potencial. Isto é, os programas de computador serão elementos essenciais das obras multimedia. Se assim não for, poderá bem tratar-se de uma obra clássica cujo acesso e funcionamento são processados por programas de computador interoperáveis, embora externos à própria obra.

(493) Rogel Vide, *Obras “multimedia”*, p. 99.

Assim se passa com as discotecas, videotecas e bibliotecas em linha. O programa de computador não acrescenta nada à obra, sendo apenas instrumental ao seu acesso e utilização.

Por outro lado, se a obra multimedia se reduzir a uma mera base de dados, então melhor será que se fale só em bases de dados, ou então que se reserve o termo multimedia para uma sub-espécie de bases de dados. Mesmo assim, seria necessário saber se as obras multimedia combinam diversos géneros de formas de expressão comunicativa (texto, som, imagem fixa ou animada), ou se se poderá reduzir apenas a um (por ex., o livro electrónico). Mas então poderia não ser mais do que uma comum obra literária sob forma digital, cujo folhear das páginas se faria, por ex., pressionando uma tecla do computador, sem que o seu conteúdo sofresse qualquer modificação.

As mesmas considerações valerão, *mutatis mutandis*, para as obras audiovisuais. Não bastará tratar-se de uma sequência animada de imagens, acompanhada ou não de som, ou de textos. Deverá tratar-se, antes, de um filme interactivo, que permita introduzir novas personagens, alterar a sequência narrativa, colorizar, etc.

Pela mesma razão será de excluir as chamadas obras multimedia pelo simples facto de serem colocadas à disposição do público através de uma base dados, ou até de um simples local em linha, a que se pode ter acesso a partir de um terminal ou de um computador ligado à rede, no momento e no local individualmente escolhido. Esta forma de interactividade não é suficiente, a nosso ver, para designar as obras multimedia, se as quisermos reconhecer como uma figura provida de autonomia no quadro dos objectos do direito de autor e dos direitos conexos. Pois que, se assim fosse, esta designação tornar-se-ia, verdadeiramente, num “albergue espanhol” (498), se é que não teríamos de concluir que não seria mais do que “banha da cobra” (499).

6. Evoluções recentes parecem não apontar neste sentido depreciativo do termo, como prova a proposta na Alemanha de introdução alternativa de uma alínea no catálogo dos exemplos de obras protegidas pelo direito de autor no sentido de contemplar, expressamente, as obras denominadas *Multimediawerke*.

Com efeito, nesta proposta de alteração à lei alemã, considerou-se que: “As obras multimedida distinguem-se das categorias de obras previstas no § 2

(494) Gautier, RIDA 1994, p. 107.

(495) Por ex., Wachter, GRUR Int. 1995, p. 869; Wittweiller, UFITA 1995, p. 8.

(1,1-5,7) UrhG porque elas não se servem apenas de um meio de expressão, mas também porque nelas como as obras cinematográficas (*Filmwerk*) do § 2 (1,6) UrhG podem ser combinadas em conjunto inseparável vários meios de expressão. As obras multimedia (*Multimediawerke*) deveriam deste modo ser inseridas no catálogo do § 2 (1) UrhG quer junto da obra cinematográfica no n. 6 quer juntamente com esta sob o título das obras audiovisuais quer num número próprio, ou deveria ser esclarecido em conformidade com o catálogo de obras que uma obra também pode resultar de uma combinação de elementos que pertençam a diversas categorias de obras. Assegurar-se-ia deste modo que os requisitos de protecção não são avaliados em separado mas antes por referência à obra multimedia como um todo. O melhor seria ajuntar aos §§ 3, 4 UrhG um preceito autónomo, que esclarecesse que a criação intelectual pessoal (*persönliche geistige Schöpfung*) também pode resultar do concurso de elementos de diversas categorias de obras” (500).

Ora justamente o que parece conferir individualidade e autonomia a esta figura é o facto de integrar sob formato digital conteúdos informativos de diferentes géneros que são interactivamente processados por programas de computador, os quais permitem ao utilizador jogar um papel activo na manipulação desses conteúdos. Vale isto por dizer que, em nosso entender, a obra deverá ter uma forma própria de interactividade que permita a manipulação individualizada dos conteúdos informativos.

Em termos de regime, isto significa que a sua qualificação como obras audiovisuais não será necessariamente a mais adequada, sendo antes de destacar as regras dos programas de computador (pense-se na importância das regras da descompilação para a criação de produtos digitais interactivos) e o regime das bases de dados, *maxime* no que respeita ao direito *sui generis*. Acresce que o conteúdo destas obras é composto, em regra, por material preexistente protegido, devendo aplicar-se as regras da obra compósita, ou até, sendo o caso, da adaptação, quando não haja mera incorporação. São, ainda, obras criadas, em regra, por uma pluralidade de pessoas, sendo de destacar o papel do realizador na composição (selecção, combinação, disposição) dos conteúdos e dos programadores na criação de formas de interactividade adequadas a esses conteúdos.

Não obstante, mais do que feitas em colaboração, a criação destas obras dever-se-á, em regra, à organização e direcção de uma empresa, que assume as responsabilidades técnicas e financeiras do empreendimento. Pelo que, a

(496) Proposta, p. 4; Livro Verde 1988, p. 95; Livro Verde 1995, p. 25, 27, 71;

nosso ver, poderão ser aplicáveis, em tais casos, as regras da obra colectiva. O que, como veremos, não significará negar direitos morais aos diversos autores, nem prejudicará o exercício individual dos direitos relativos às respectivas criações pessoais assim geradas, na medida em que não prejudiquem a sua exploração comum na forma de obra multimedia.

Por outro lado, este regime afigura-se mais adequado do que as regras da produção audiovisual para os filmes interactivos. A interactividade imprime um carácter diferente às obras multimedia, ainda que pareçam assemelhar-se àqueles. Carácter esse que está no papel activo jogado pelo utilizador, e que escapa aos quadros tradicionais das obras audiovisuais, quer ao nível da criação, quer ao nível da utilização e da exploração.

Note-se, porém, para terminar, que apesar de toda a discussão em torno da qualificação das obras multimedia, esta não é a questão mais importante no novo ambiente digital. Como diz Ficsor, “o verdadeiro problema não é o estatuto das produções multimedia, o verdadeiro problema é a Rede [WWW], ou seja, o carregamento e transmissão de obras em sistemas tipo Internet. [...] É entendido e aceite por praticamente toda a gente que as produções multimedia são protegidas pelo direito de autor nos termos do art. 2(1) e/ou (5) da Convenção de Berna” (501).

§ 27. AUTORIA E TITULARIDADE

1. No que respeita à autoria da obra e à titularidade do direito de autor, interessa referir, desde logo, que a noção legal de autor é algo problemática. Dispõe-se que: “Salvo disposição em contrário, a referência ao autor abrange o sucessor e o transmissário dos respectivos direitos” (art. 27.º, 3). Assim, a qualidade de autor coincidirá com a de sujeito dos direitos. Esta afirmação, que parece tautológica, carece, no entanto, de esclarecimentos.

A pergunta é: dependerá o conceito de autor de determinação normativa? Assim, por exemplo, dispõe-se que o autor “de obra de arquitectura, de urbanismo ou de *design* é o criador da sua concepção global e respectivo projecto” (art. 25.º). Nessa medida, a noção de autor remete para a categoria do criador intelectual, dela excluindo, expressamente, os “colaboradores técnicos” (art. 26.º).

Porém, em certos casos, a noção de autor parece não coincidir com a de

criador. Exemplo paradigmático é o disposto no art. 23.º, em cujos termos se lê: “Aos direitos dos criadores que não sejam considerados co-autores[...]”. Ou seja, parece admitir-se a não identidade entre autoria e criação, entre autor e criador. E, com efeito, dispõe o art. 27.º, 1, sob epígrafe “paternidade da obra”, que, “salvo disposição em contrário, autor é o criador intelectual da obra”.

Os termos deste preceito, que vaza um princípio fundamental do direito de autor, parecem admitir a possibilidade de o criador intelectual da obra não ser o seu autor. Hipótese esta que não é falsificada pela presunção *auctor est quem opus demonstrat* (art. 27.º, 2). Porém, não obstante se admitir — *et pour cause* — que certos criadores possam não ser considerados autores de determinadas obras, como interpretar a ressalva do preceito “salvo disposição em contrário”?

Esta questão prende-se com o problema da determinação da titularidade do direito de autor. E, de novo, o legislador dispõe que, salvo disposição expressa em contrário, o direito de autor pertence ao criador intelectual da obra (art. 11.º). Ou seja, em princípio o sujeito do direito será o criador intelectual; porém este poderá não ser autor, uma vez que este termo pode designar outros titulares, originários ou derivados, do direito de autor.

Não obstante, parece-nos que a formulação legal gera mais problemas do que aqueles que pretende resolver. Melhor seria que, à semelhança do legislador suíço, consagrasse um conceito de autor, nos termos do qual “autor ou autora é a pessoa natural que criou a obra” (502). Ou, então, que, numa revisão já anunciada, considere o exemplo da nova lei brasileira, e disponha que: “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, científica ou artística” (503).

Com efeito, o direito de autor não nasce na esfera jurídica do sujeito no momento da criação da obra? Não é isso que resulta do requisito da exteriorização, que não significa que a obra careça de ser comunicada para beneficiar de protecção? Tendo este direito por facto constitutivo a criação de obra (504), ele não nasce na esfera jurídica do seu criador intelectual? O sujeito originário poderá ser outrem que não o criador intelectual da

(497) Livro Verde 1988, p. 95-6.

(498) Berenboom, *Le Nouveau Droit d'Auteur*, p. 217.

(499) Garnham, *What is multimedia?*, p. 10.

(500) Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 49-50.

(501) Ficsor, *Latest Developments*, p. 31.

(502) Art. 6. URG: “Urheber oder Urheberin ist die natürliche Person, die das Werk geschaffen hat.” Refira-se, ainda, a noção do legislador alemão: “§ 7. Urheber.

obra? E, afinal, o autor de uma obra poderá ser outrem que não o seu criador intelectual?

2. A respeito disto escreve o Prof. Orlando de Carvalho que a “sistemática e a terminologia do CDA, nesta matéria, são bastante imperfeitas, visto que, após ter dito, no art. 9.º, que ‘o direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal’ [...], nos arts. 11.º e segs. trata o direito de autor como se fosse exclusivamente patrimonial, parecendo admitir que o autor não seja algum dia o criador intelectual da obra ou — o que é o mesmo — que o criador intelectual da obra possa algum dia ser considerado como não autor. O princípio da *auctorship*, que sempre se viu nesta matéria como infrangível — tal qual, em matéria de patentes, o homólogo princípio da *inventorship* —, dir-se-ia assim posto em questão, concebendo-se a titularidade do direito de autor como dissociável da criação da obra de engenho. / Urge repor a realidade normativa, que não é essa, felizmente. O princípio da *auctorship* não se derroga, pois o ‘direito de autor’ dos arts. 11.º e segs. não é já o ‘direito de autor’ do art. 9.º, mas apenas o direito patrimonial [...], devendo, porém, lamentar-se que a formulação categórica do art. 11.º dê claramente a ideia de que a autoria pode, ‘por disposição expressa’ (nem se sabe se da lei, se do interessado), ver-se excluída de quem criou intelectualmente a obra. Anote-se que, por repercussão, o mesmo ocorre com a formulação absurda do art. 27.º, 1. [...] o princípio da *auctorship* em matéria de direitos de autor é constitutivo da ordem jurídica portuguesa” (505).

Apesar da formulação do princípio da autoria em língua inglesa, que exprime a concepção de *copyright* em que se admite a sua aquisição originária em diversas situações por pessoa diversa do criador (o qual não se identifica, aliás, com a noção de “autor”), subscrevemos inteiramente este entendimento, sustentando que o autor é o criador intelectual da obra, e o direito de autor pertence-lhe originariamente, pelo simples facto da criação. Como escreve Eugen Ulmer, “segundo

Urheber ist der Schöpfer des Werkes.”

(503) Art. 11 da Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, “Altera, atualiza a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.”

(504) Neste sentido, Ac. STJ, 14-12-95, CJ, Ano XX, Tomo III, p. 163 (“I — O facto constitutivo dos direitos de autor é apenas a criação da obra”).

(505) Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 542-3.

(506) Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 183.

(507) Reh binder, *Urheberrecht*, p. 119 (begr. Hubmann). Trata-se do “princípio do criador” (*Schöpferprinzip* ou *Urheberschaftsprinzip*), expressamente consagrado no § 7

a natureza das coisas, podem apenas as pessoas naturais, e não jurídicas, ser consideradas autores de obras” (506); sendo que, nas palavras de Rehbinder, “o autor adquire o direito de autor sobre a sua obra *ipso iure* através da criação” (507).

Mesmo no direito inglês, que, inclusivamente prevê uma regra especial de protecção de obras geradas por computador para os casos em que nenhum autor humano pode ser designado, a doutrina corrige a noção legal de autor, no sentido de a reservar apenas para “o criador em sentido real. Ele ou ela (mas não isso) é a pessoa que, pelo exercício de trabalho, habilidade e discernimento, dá expressão a ideias do tipo apropriado” (508).

Todavia, se aqui se admitem desvios ao princípio da unidade autoria/titularidade originária, já assim não parece decorrer necessariamente do “dualismo latino” (509) do *droit d’auteur*. Nas palavras de Desbois, as “sociedades, enquanto tais, enquanto pessoas morais, não podem ser investidas a título originário das prerrogativas de autor, porque a ficção não as torna aptas a praticar actos de criação intelectual. [...] os direitos de autor supõem uma manifestação de personalidade, é dizer uma atitude rigorosamente própria a quem pretende ser investido a título original. Evidentemente, a sociedade

UrHG, que significa que autor é o criador da obra, o qual só pode ser uma pessoa física e adquire originariamente o direito pelo simples facto da criação (v. Loewenheim, in Schricker, *Urheberrecht*, § 7, p. 205; Hertin, in Fromm/Nordemann, *Kommentar*, § 7, p. 108; Haberstmpf, *Handbuch des Urheberrechts*, p. 68; Wenzel, *Urheberrecht*, p. 61; Mestmäcker/Schulze, *Kommentar*, § 7, p. 1).

(508) Cornish, *Intellectual Property*, p. 341.

(509) Por contraposição ao monismo germânico (v. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 113 s.; Hubmann/Rehbinder, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 15 s.), a expressão dualismo significa que é admitida a transferência (alienação) legal ou contratual dos direitos patrimoniais, como sucede nos países latinos (França, Itália e Portugal; apesar de em Espanha parecer limitada à *cessio legis* no caso de obras colectivas). Todavia, para além de certas pretensões remuneratórias inalienáveis (pense-se no direito a compensação equitativa pelo aluguer instituído a nível comunitário), mesmo nos regimes ditos dualistas o autor nunca laqueia o cordão umbilical que o liga à obra, uma vez considerado o regime dos direitos morais, por ex., o direito de retirada. Por isso se fala na “natureza mista” do direito de autor (Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 14), em termos que levam alguns autores a recusarem a teoria tradicional do dualismo (Raynard, *Droit d’auteur et conflit de lois*, p. 243 s.; Gautier, *La propriété littéraire et artistique*, p. 34). Por outro lado, se considerarmos que no monismo germânico são admitidas licenças exclusivas englobando todos os *Nutzungsrechte* — à excepção dos modos de utilização da obra ainda não conhecidos —, então poderemos concluir que, embora seja sustentável a existência de duas famílias no quadro do *droit d’auteur*, a verdade é que as diferenças acabam por ser absorvidas pelas semelhanças, no confronto com essa outra grande concepção que é o

não pode satisfazer esta exigência [...] ela não poderá prevalecer-se de prerrogativas de autor senão por via de transferência” (510).

Em suma, autor é a pessoa humana que cria a obra, adquirindo, por isso, originariamente, o direito de autor, quer na vertente pessoal, quer na vertente patrimonial (511).

Esta é também a posição de princípio do Prof. Oliveira Ascensão, ainda que admita certos desvios: “O direito de autor é atribuído originariamente ao criador da obra. Por isso o § 7 da lei alemã diz que «autor é o criador de obra». Os arts. 11.º e 27.º, 1, CDADC [...], um a propósito da atribuição do direito de autor, o outro a propósito do autor e do nome literário e artístico estão duplicados. Ambos contemplam a atribuição originária de direitos sobre uma obra. E ambos retiram força àquele princípio, ressalvando disposição em contrário. / Há realmente desvios ao princípio, mas justamente porque são desvios não deviam impedir a formulação do princípio. [...] Na Alemanha, o princípio é absoluto: o direito é atribuído sempre e só ao criador intelectual. Não se passa assim em Portugal [...]” (512).

Assim, como situações de “aquisição originária, por terceiro, de direitos de autor sobre uma obra que não produziu”, seriam de referir, por ex., na sua opinião, os casos “de obra subsidiada e sobretudo da obra de encomenda. Ao comitente cabe então um verdadeiro direito de autor, adquirido a título originário. [...] A situação da obra colectiva deve ser igualmente ponderada; mas não traz afastamento a estes princípios” (513).

De igual modo, ainda que restringindo à obra colectiva os casos em que a titularidade originária do direito de autor é atribuída a outrem que não o criador, Luiz Francisco Rebello também aceita esse desvio ao princípio, escrevendo: “Excepto quanto às obras colectivas, a lei portuguesa nunca atribui originariamente a titularidade do direito de autor a quem não é o criador da obra” (514).

Todavia, sentimos algumas dificuldades em reconhecer que, em rigor, existam situações de aquisição originária por parte de terceiros, mesmo no caso da chamada obra colectiva. Nos casos em que a lei atribui o direito de

copyright. Mais uma vez, porém, a adesão destes países à União de Berna e o decorrente enxertamento de direitos morais no tronco desse modelo conduz a uma aproximação gradual das duas concepções, tendência essa que é reforçada, a nível europeu, pelas medidas de harmonização comunitária.

(510) Desbois, *La propriété littéraire et artistique*, p. 161-2.

(511) Veja-se, ainda, no direito comparado, Ascarelli, *Teoria*, p. 750; Troller,

autor a outrem que não o criador intelectual estaremos perante aquisições originárias propriamente ditas? Seremos forçados a admitir que, nestes casos, o autor da obra não é o respectivo criador?

3. Começemos por referir que a presunção *auctor est quem opus demonstrat* (art. 27.º, 2) reveste natureza elidível. Com efeito, não apenas “comete crime de contrafacção quem utilizar, como sendo criação [...] sua, obra[...] que seja mera reprodução total ou parcial de obra [...] alheia, divulgada ou não divulgada, ou por tal modo semelhante que não tenha individualidade própria” (art. 196.º, 1), como ainda é penalmente punido quem se arrojar a paternidade de uma obra que sabe não lhe pertencer (art. 198.º-a). Em causa está, neste último caso, o direito à “paternidade da obra”, que é um dos direitos que integram o conteúdo do direito de autor.

Saber se o autor pode ser outrem que não o criador intelectual da obra releva, desde logo, na medida em que, o “direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais” (art. 9.º, 1). Ora, “independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois da transmissão ou extinção destes, o autor goza de direitos morais sobre a sua obra, designadamente o direito de reivindicar a respectiva paternidade” (art. 9.º, 3).

Em termos semelhantes, prescreve o art. 56.º que, “independentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda que os tenha alienado ou onerado, o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra” (1.); direito este que “é inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se, após a morte do autor” (2.). Assim, nos termos destas normas, o sujeito do direito moral de paternidade da obra é o autor, o qual, em nosso entender, não poderá ser outrem senão o criador intelectual da obra.

O que fica dito, incluindo a referência às normas sobre os traços fundamentais do conteúdo do direito de autor, permite clarificar, ainda, o sentido do teor literal de algumas regras em sede de atribuição do direito de

Immaterialgüterrecht, I, p. 346; Bercovitz Rodriguez-Cano, in Bercovitz Rodriguez-Cano (dir.), *Comentarios*, p. 207.

⁽⁵¹²⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 107.

⁽⁵¹³⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 112.

⁽⁵¹⁴⁾ Rebello, *Introdução*, p. 107.

⁽⁵¹⁵⁾ A razoabilidade do legislador nesta matéria deixa muito a desejar em relação à presunção de que beneficia. Um caso que ilustra bem isto mesmo é o disposto no

autor.

Sob epígrafe “Titularidade”, o art. 11.º dispõe, como vimos, o princípio segundo o qual o “direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, salvo disposição expressa em contrário”. De novo, parece-nos que será necessário interpretar restritivamente os termos da ressalva ⁽⁵¹⁵⁾.

Na verdade, nascendo o direito de autor na esfera jurídica do criador intelectual no momento e pelo simples facto da criação, deverá ser ele considerado autor da obra e, nessa medida, adquirente originário do direito de autor. No entanto, ao contrário dos direitos morais, o conteúdo patrimonial do direito de autor poderá ser transmitido ou onerado, seja por via contratual (arts. 9.º, 2, 40.º-*b et seq.*, e art. 56.º, 1), seja por disposição legal. E neste sentido restrito, abrangendo apenas os direitos patrimoniais alienáveis, devem ser interpretados os termos da ressalva. Por outras palavras, a admissibilidade de disposição expressa em contrário ao princípio da titularidade, segundo o qual o direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, deve ser restrita aos direitos patrimoniais (disponíveis).

Todavia, o problema está em saber o que significa “disposição expressa”. Tratar-se-á de um mecanismo legal por força do qual os direitos são originariamente adquiridos por terceiros? Ou, pelo contrário, será um acto de transmissão, em virtude do qual é operada uma aquisição derivada dos direitos patrimoniais?

4. Na opinião de Luiz Francisco Rebello, haveria uma justificação para o desvio ao princípio. Nas suas palavras: “A atribuição [originária] do direito de autor a uma entidade diversa do seu criador é uma consequência directa

art. 29.º do Código da Publicidade, que, dizendo-o com o Prof. Oliveira Ascensão, “contém disposições em matéria de direito de autor sobre a obra publicitária que são um mimo. [...] Lê-se e não se acredita.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 533). Na verdade, abre com a declaração da aplicabilidade do regime dos direitos de autor à criação publicitária, ressaltando porém o disposto nos números seguintes. O n.º 2 contém uma “regra” que abona pouco em favor do legislador; norma essa que, não obstante, apesar de todas as críticas de que tem sido salvo, não foi alterada pelos três diplomas de revisão do Código da Publicidade. Dispõe que: “Os direitos de carácter patrimonial presumem-se, salvo convenção em contrário, cedidos ao seu criador intelectual.” Não vamos tecer aqui mais críticas a este preceito. A doutrina já o fez antes, considerando, *inclusive*, com inteira razão, a nosso ver, que “pode pôr-se a hipótese de uma interpretação ab-rogante” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 534). Em causa não está apenas a sua “redacção imperfeitíssima” (Rebello, *Introdução*, p. 129), mas também, e sobretudo, a sua vigência na ordem jurídica.

⁽⁵¹⁶⁾ Rebello, *Introdução*, p. 106 [como exemplos, refere a legislação estadunidense

da evolução tecnológica e industrial que veio ampliar, na prática ilimitadamente, as possibilidades de reprodução das obras e os meios da sua difusão, uma e outra mobilizando poderosos interesses económicos. [...] O que, originariamente, era finalidade matricial do Direito de Autor — a protecção da criatividade — tem vindo a ceder o lugar à protecção do investimento” (516).

Não podemos, todavia, deixar de estranhar o tom de fatalidade com que o Autor parece sujeitar-se a tal lógica de protecção do investimento, tanto mais que reconhece o mecanismo “da atribuição do direito *ex lege*”, que porém, reserva para outros casos (517).

Na verdade, o *instrumentarium* jurídico-conceitual dispõe de outras vias alternativas à atribuição originária do direito de autor a entidade diversa do seu criador, que não nos obrigam a seguir um suposto exemplo de “infidelidade” aos princípios tradicionais da parte de um país terceiro.

Com efeito, também pensamos que a “questão resolve-se [...] através de presunções *iuris et de iure* ou *iuris tantum* de cessão dos direitos” (518). O acolhimento da lógica de protecção do investimento no seio do instituto do direito de autor não deverá secar a fonte que é o criador. Pois que sem criação não há direito de autor e sem criador não há obra. A forma jurídica deve exprimir um mínimo de veracidade substancial. A regra jurídica, para o ser, deverá colher um mínimo de fundamento nos princípios que lhe dão sentido. A menos que sejamos forçados a concluir, verdadeiramente, que a obra não é senão, também aqui, um “a propósito” da protecção legal, e o autor um sujeito virtual. E que a liberdade de criação cultural, ao invés de ser a seiva da árvore que dá os frutos protegidos pelo direito de autor, não passe de um mero “dogma protocolar”. Pois que então qual será a razão de recusar protecção a obras produzidas por computadores?

Aliás, não estamos desacompanhados no que dizemos. Como claramente diz o Prof. Orlando de Carvalho: “Autor é quem cria a obra e só ele. Direito de autor, quer na vertente *jussocial* (direito de personalidade), quer na vertente *jusdominial* (direito de propriedade), tem-no, *ab origine*, o autor e apenas o autor. O que acontece é que o direito de propriedade é um direito

que atribuiria ao produtor de obra cinematográfica a qualidade de autor (17 USC § 201-b) e a lei francesa de 3 de Julho de 1985 que, a seu ver, à semelhança do que faria posteriormente a Directiva Programas de Computador (art. 2.º, 3), atribuiria à entidade patrimonial o direito de autor relativo aos programas de computador criados no quadro de uma relação laboral (art. 45.º)].

(517) Cfr. Rebello, *Introdução*, p. 121.

(518) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 200.

disponível e, em certas circunstâncias, pode ser cedido antes da publicação da obra e com vista a esta: é o que, *maladroitement*, se diz no art. 11.º do Código, exigindo-se ‘disposição expressa’ do autor, que, mesmo depois de tal disposição, continua a ser o autor e o titular do direito de personalidade correlativo” (519).

Ora, também nós pensamos ser este o princípio fundamental que informa o regime jurídico que vigora entre nós (520). Em sintonia com a doutrina e com a jurisprudência superior, que afirma que o direito de autor se constitui por mero acto de criação da obra, parece-nos que o direito de autor nasce na esfera jurídica do criador intelectual, sendo os direitos patrimoniais transmitidos a outrem, *ex lege* ou *ex voluntate*, nos termos, portanto, de uma aquisição derivada.

(519) Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 543 (por ser assim, a primeira das faculdades em que se analisaria o direito de personalidade de autor seria o “direito de autoria, isto é, a pertinência, *ex origine*, do direito de autor, quer na vertente juspossível (indisponível), quer na vertente jusdominial (disponível), ao criador intelectual da obra, como a lei diz, e só a ele.” — p. 543).

(520) No art. 2574 do Código Civil italiano consta uma regra que reproduz textualmente o art. 6 da lei sobre o direito de autor deste país (L. 22 aprile 1941 n. 631). Dispõe expressamente: “O título originário de aquisição do direito de autor é constituído pela criação da obra, enquanto expressão particular do trabalho intelectual” (“Il titolo originario dell’acquisto del diritto d’autore è costituito dalla creazione dell’opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale”). Em comentário às regras de direito de autor inseridas no Código, não no livro da propriedade, mas antes no do trabalho, escreve Giannini, que “no código [civil] são inseridas as normas fundamentais e basilares do direito de autor, que têm carácter de grande estabilidade e dificilmente são modificáveis” (Giannini, *Il diritto d’autore*, p. 25).

(521) A este resultado parece chegar Luiz Francisco Rebello, que considera que o “carácter pessoal da criação literária ou artística [...] não se desvanece pelo facto de essa criação ser colectiva”, sustentando, depois, que: “Uma vez criada, isto é, exteriorizada numa determinada forma, a obra entra imediatamente, e pelo simples facto da criação, antes mesmo de ser publicada ou divulgada, no património jurídico do seu criador (ou, em certos casos excepcionais, como as obras colectivas ou realizadas por encomenda ou por conta de outrem, da entidade a quem a lei atribui a titularidade do direito de autor), e só este pode dispor dela e exercer as prerrogativas contidas nesse direito. Nisso consiste o carácter *exclusivo* do Direito de Autor.” (Rebello, *Introdução*, p. 112-3, 133). Ora, o mecanismo da cessão *ex lege* permite evitar este resultado pouco canónico. Como conciliar o princípio de que o direito de autor constitui-se pelo simples facto da criação da obra, com a sua atribuição originária a entidade diversa do criador? Mesmo que a organização, direcção e controlo da actividade criativa sejam feitas por terceiro, a quem caberá, inclusivamente, a decisão sobre a conclusão do trabalho criativo, individual ou colectivo, mesmo assim,

Com efeito, apesar da alienabilidade do conteúdo patrimonial do direito de autor (à exceção de certos direitos especiais), é difícil sustentar que a dimensão pessoal do direito de autor surgiria originariamente na esfera jurídica do criador intelectual, enquanto a dimensão patrimonial seria constituída originariamente na esfera jurídica de terceiro(s) ⁽⁵²¹⁾. Nos sistemas de *copyright* admite-se este resultado, o qual constitui, porém, uma marca de contraste em relação aos sistemas continentais de *droit d'auteur*. Entre nós, o direito de autor visa assegurar o controlo da utilização da obra tutelando interesses patrimoniais e pessoais do autor ⁽⁵²²⁾. E, apesar de a formulação literal de vários preceitos do nosso Código parecer estar, de algum modo, comprometida com aquela concepção ⁽⁵²³⁾, o nosso sistema de direito de autor inscreve-se, em primeira linha, a nosso ver, na concepção tradicional de *droit d'auteur*.

Concepção esta que será informada pelo “princípio do criador”, em termos de o direito de autor, em qualquer das suas vertentes, ser originariamente adquirido pelo criador da obra. Aliás, no direito alemão não se admite sequer que os direitos de exploração possam ser transferidos *inter vivos*, falando-se, por isso, do monismo germânico ⁽⁵²⁴⁾. Entre nós, na esteira do

parece-nos pouco consonante com os princípios que o direito de autor, ainda que apenas na sua vertente patrimonial alienável, seja originariamente adquirido por entidade diversa do(s) criador(es). Tanto mais que esse resultado não é conceptualmente inevitável. O mecanimo da cessão legal permitirá respeitar o princípio e, ao mesmo tempo, satisfazer as exigências da prática.

⁽⁵²²⁾ Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 6-7.

⁽⁵²³⁾ Exemplo paradigmático disto mesmo é o facto de o Código abrir com uma definição das obras que se destina a proteger e de incluir, depois, nessa protecção os direitos dos respectivos autores.

⁽⁵²⁴⁾ Cfr. Rehbinder, *Urheberrecht*, p. 60. O direito de autor alemão funda-se no princípio da protecção do criador nas suas relações pessoais e patrimoniais com a obra, princípio esse que é justamente “infrangível”. Como refere Dietz, no quadro da proposta reforma do direito contratual: “Aus rechtspolitischer Sicht höchst bedeutsam ist hier bereits die Festlegung, daß diese durch ihre apodiktische Knappheit und Klarheit ausgezeichneten Programmsätze des deutschen Urheberrechts keinesweg aus einer vormodernen Periode der Urheberrechtsregelung stammen, also nicht etwa nur aus einer früheren Regelung in das Drittel des zwanzigsten Jahrhunderts mitgeschleppt wurden. Sie sind im Gegenteil Ergebnis einer über die Schreckensjahre des Dritten Reiches hinüber geretteten und nach dem Kriege wieder aufgelebten intensiven Diskussion über Stellung, Wert und Verbesserung des Urheberrechtsschutzes. [Referindo-se à lei espanhola de 1987, que reconheceu o “Urheber als Zentralfigur des Urheberrechtsschutzes”, considera:] Zumindest konstruktiv ist es trotz der unbezweifelbaren Realitäten der Kultur- und Medienwirtschaft erst in zweiter Linie unternehmensorientiert oder werkorientiert, sowie nicht etwa bei einzelnen verwandten

modelo latino, é admitida esta transferência do conteúdo patrimonial do direito de autor ⁽⁵²⁵⁾. Transferência essa que pode ser efectuada legal ou contratualmente ⁽⁵²⁶⁾.

5. Ora, é neste sentido que, em princípio, deverão ser interpretadas as normas que prescrevem a atribuição do direito de autor a outrem que não o criador intelectual da obra. Assim, como grupos de casos de disposição expressa contratual, admite-se, em certos termos, a “transmissão ou oneração do direito de autor sobre obra futura” (art. 48.º, 1), bem como, ainda, que “a titularidade do direito de autor relativo a obra feita por encomenda ou por conta de outrem, quer em cumprimento de dever funcional quer de contrato” seja determinada “de harmonia com o que tiver sido convencionado” (art. 14.º, 1). A chamada “obra subsidiada” (art. 13.º) constitui, ainda, um outro caso deste tipo ⁽⁵²⁷⁾.

Quanto aos grupos de casos de disposição legal, refira-se, por ex., a presunção de que “o direito de autor fica a pertencer à entidade por conta de quem a obra é feita” se “o nome do criador da obra não for mencionado ou não figurar no local destinado para o efeito segundo o uso universal” (art. 14.º, 3) ⁽⁵²⁸⁾. Acresce que, a favor do sentido restrito que deve resultar da interpretação, neste contexto, dos termos “direito de autor” refira-se o preceituado no art. 14.º: “Ainda que a titularidade do conteúdo patrimonial do direito de autor pertença àquele para quem a obra é realizada, o seu criador intelectual pode exigir [...] uma remuneração especial”. Esta pretensão remuneratória é estatuída, em circunstâncias semelhantes, sob o *nomen* “compensação suplementar”, a favor do “criador intelectual” quando este tiver transmitido a título oneroso o seu “direito de exploração” da obra (art.

Schutzrechten ein Unternehmensschutz bzw. unternehmerischer Leistungsschutz unmittelbar intendiert ist.” (Dietz, *Das Urhebervertragsrecht*, p. 3).

⁽⁵²⁵⁾ Cfr. Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 176-7 (*affaire Lecocq*).

⁽⁵²⁶⁾ Em termos semelhantes, refira-se também a figura do *legal assignment* no regime de *copyright* (v., por ex., Phillips/Durie/Karet, *Whale on Copyright*, p. 64-6).

⁽⁵²⁷⁾ Estes grupos de casos previstos na lei permitem afirmar que o direito patrimonial não apenas “pode ser cedido antes da publicação da obra e com vista a esta” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 543), como também pode ser cedido antes da própria criação da obra, por isso que a lei fala em “obra futura”, e ainda que sem ser em vista à publicação, uma vez que o contrato de cessão não é um contrato de edição. Refira-se, por outro lado, que o “subsídio de obra” poderá revestir uma forma de mecenato ou, até, de patrocínio publicitário, sem que isso implique, todavia, a aquisição de direitos por parte do mecenas ou do patrocinador [sobre a distinção entre mecenato e patrocínio,

49.º).

Assim, podemos concluir que o sujeito do direito de autor é, originariamente, o autor da obra, ou seja, o seu criador intelectual. A presunção *auctor est quem opus demonstrat*, se bem que admita o contrário, é elidível. Nessa medida, o titular originário do direito de autor é o criador intelectual da obra.

Não obstante, porque o direito de autor tem um conteúdo patrimonial disponível, é admitida a sua transmissão, *ex lege* ou *ex voluntate*, a outrem. O qual, porém, adquire esses direitos por via derivada, uma vez que a sua aquisição originária se faz, enquanto dimensão do direito de autor *tout court*, na esfera jurídica do autor no momento e pelo simples facto da criação da obra, pressupondo que esta é protegida. Estes princípios deverão valer tanto para os casos em que a obra é criada por um só autor como para os casos em que a obra é “criação de uma pluralidade de pessoas” (art. 16.º, 1).

6. Todavia, neste último grupo de casos, já se levantam algumas dúvidas. Distinguem-se, fundamentalmente, dois tipos de obras: a obra feita em colaboração e a obra colectiva.

Por um lado, a “obra feita em colaboração” consiste na obra “divulgada ou publicada em nome dos colaboradores ou de alguns deles, quer possam discriminar-se quer não os contributos individuais” (art. 16.º, 1-a). Este tipo de obras rege-se pelo critério segundo o qual o “direito de autor[...], na sua unidade, pertence a todos os que nela tiverem colaborado”, sendo o seu exercício regido, em certos termos, pelas regras da propriedade (art. 17.º, 1; arts. 1403.º *et seq.* CCiv).

Porém, se a divulgação ou publicação da obra for realizada sem qualquer identificação de alguns dos seus colaboradores, presume-se que estes “cederam os seus direitos àquele ou àqueles em nome de quem a divulgação ou publicação é feita” (art. 17.º, 3); presunção esta que “é relativa”⁽⁵²⁹⁾. Assim estabelece-se uma presunção de cessão, em termos semelhantes ao art. 14.º, 3, em razão da não identificação de colaboradores. Mas qual é o significado desta cessão?

Na opinião do Prof. Oliveira Ascensão, estar-se-ia perante “uma atribuição

pode ver-se o nosso “Contratos de patrocínio publicitário (*sponsoring*)”, ROA 1998, p. 323-4, com indicações bibliográficas].

⁽⁵²⁸⁾ No regime das obras fotográficas é estabelecida a presunção segundo a qual os direitos pertencem à entidade patronal ou à pessoa que fez a encomenda se a fotografia for efectuada em execução de um contrato de trabalho ou por encomenda (art. 165.º, 2).

⁽⁵²⁹⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 124; Rebello, *Introdução*, p. 113 (“Esta presunção é, necessariamente, uma presunção *tantum juris*”); v, no mesmo sentido, e defendendo igual natureza para a presunção *auctor est quem opus demonstrat*: Orlando de

originária aos preferidos nos casos em que a criação foi pré-ordenada à cedência dos direitos a titulares. Aí haveria uma verdadeira atribuição originária a alguém (que é também criador intelectual) e uma exclusão de um ou mais criadores intelectuais, originariamente também. Isto significa que a estes criadores não caberia também o direito pessoal de autor” (530).

Não nos inclinamos para este entendimento, salvo o devido respeito. A nosso ver, a operatividade funcional do conceito de obra feita em colaboração traduz-se em regular a atribuição dos direitos em obras pressupostamente criadas em co-autoria. A obra existe e é protegida mesmo antes da sua divulgação ou publicação (art. 1.º, 3). Em causa está apenas definir as regras de atribuição do direito de autor relativamente a essa obra, como um conjunto unitário. Regra esta que funciona na pressuposição da criação em co-autoria da obra. Os termos do seu funcionamento equiparam-se à regra que atribui a titularidade do “direito de autor” à entidade por conta de quem a obra é feita (art. 14.º, 3). Vale isto por dizer que a presunção de cessão consiste numa transmissão que opera *ope legis*, sendo, por isso, restrita aos direitos patrimoniais disponíveis.

Acresce que o legislador admite que possam ser discriminadas contribuições pessoais distintas do todo unitário que é a obra criada em co-autoria. Trata-se de uma situação em que no processo de criação por vários autores de uma única obra (co-autoria) são geradas, ao mesmo tempo, outras obras distintas desse todo unitário, isto é, providas de individualidade própria, ainda que integradas nele. Todavia, a sua autonomização da obra plural significa que aos criadores dessas “contribuições pessoais discrimináveis” não será reconhecida, enquanto tais, a qualidade de co-autores da obra em colaboração.

Chegamos a este resultado, sob pena de termos que admitir que a mesma contribuição pessoal poderia gerar, ao mesmo tempo, duas obras: a obra plural, que seria criada em co-autoria, e a obra singular, que seria dela discriminável. Isto significa, porém, que os direitos dos criadores destas obras discrimináveis não são abrangidos pela referida presunção de direitos.

Contudo, uma vez que tais obras foram geradas no processo de criação de uma obra em colaboração, a lei protege a exploração em comum desta

Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 544 (“as presunções quer do art. 27.º, 2, quer do art. 14.º, 3, são meramente relativas”).

(530) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 131 (idêntica solução valeria para os casos de acordos posteriores à criação sobre a titularidade dos direitos, uma vez que “a renúncia em benefício de autores” seria permitida mediante “cedência” — p. 132).

(531) Um exemplo de obra compósita, e não de obra em colaboração, parece ser um

última em relação ao exercício individual dos direitos relativos às obras atomizadas. Isto significa que não são aplicáveis neste domínio as regras da chamada obra compósita, em razão de não ser incorporada na obra em colaboração, no todo ou em parte, uma obra pré-existente (art. 20.º) ⁽⁵³¹⁾.

Por outras palavras, a lei favorece a exploração da obra em colaboração não fazendo depender de autorização de colaboradores, que são autores de obras atomizadas, a integração e exploração destas naquela, que as incorpora. São,

caso em que o STJ decidiu que: “Tendo-se provado apenas que o autor limitou a sua colaboração num livro em autorizar que nele se integrasse um excerto de um seu livro já publicado e 13 fotografias não divulgadas, sem se saber a que título deu a autorização, improcede o pedido de reconhecimento da compropriedade sobre o livro e o direito à indemnização com a sua publicação.” (Ac. STJ, 14-12-95, CJ, XX, III, p. 163).

⁽⁵³²⁾ Não é pacífico entre nós o reconhecimento da figura da “conexão de obras”. L. Francisco Rebello recusa-a abertamente, considerando-a “irrelevante face à lei portuguesa” (Rebello, *Introdução*, p. 111). Outro é o entendimento do Prof. Oliveira Ascensão, que desenvolve a figura, distinguindo-a da co-autoria e atribuindo-lhe um significado próprio no quadro do nosso sistema (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 128 s., 134 s., 264 s.; na sua esteira, v. Coelho Vieira, *Pluralidade de autores, pluralidade de obras*, p. 401 s.); e, a nosso ver, com razão, desde logo porque o não reconhecimento da conexão de obras não é senão uma ficção.

A lei alemã consagra expressamente a figura (§ 9 UrhG, “Urheber verbundener Werke”), distinguindo-a da co-autoria, em respeito pela autonomia de cada forma de expressão criativa (v., por todos, Stroh, *Werkeinheit und Werkmehrheit im Urheberrecht*, 1969). Ali só há uma obra, embora criada por mais do que uma pessoa; aqui as obras são autónomas mas coligadas para fins de exploração conjunta. Na conexão de obras não há criação de uma nova obra, tratando-se, apenas, de uma forma de exploração económica (v. Gamm, *Urheberrechtsgesetz*, § 9, p. 272 s.). Não obstante, esta exploração é feita em termos que pode constituir uma unidade de valor maior do que a mera soma das obras coligadas (cfr. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 194). Em termos semelhantes diz Loewenheim: “Obras autónomas podem ser coligadas com outras para fins de exploração conjunta, como por exemplo texto e música ou escritos com ilustrações. Daí pode resultar uma unidade, que na sua projecção artística ou estética é mais do que a pura soma de obras coligadas. Em oposição aos casos de co-autoria (§ 8), em que há uma obra unitária resultante de uma criação comum, na conexão de obras (*Werkverbindung*) a autonomia de cada obra fica garantida” (Loewenheim, in Schricker, *Urheberrecht*, § 9, p. 216; v., ainda, por ex., Nordemann, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 9, p. 122; Rehbinder, *Urheberrecht*, p. 126 s.; Wenzel, *Urheberrecht*, p. 64 s.; Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, p. 73 s.;).

A nossa lei não consagra expressamente esta figura, mas, ao mesmo tempo, acaba por impô-la em diversas situações, pressupondo ou ficcionando que a obra é criada em co-autoria, de modo a que o autor de cada contribuição individual discriminável não

portanto, duas situações distintas, que, a nosso ver, integram, entre nós, o fenómeno da “conexão de obras” (⁵³²): a obra gerada no processo de criação de obra feita em colaboração e que dela se autonomiza; a obra pré-existente incorporada na obra assim chamada compósita.

Um outro caso de conexão de obras, certamente o mais típico, é da conjugação de obras criadas autonomamente para serem utilizadas em conexão. Como nos diz o Prof. Oliveira Ascensão: “Caso habitual é o de canções em que a letra e a música são feitas de parceria. Não há obra de colaboração, há duas obras distintas; mas como os autores autorizaram a sua conexão, têm de aceitar as consequências dessa ligação” (⁵³³).

Ora, nas obras em colaboração a lei parece “impor” a conexão aos criadores das obras atomizadas, uma vez que o exercício individual dos respectivos direitos não pode prejudicar a exploração em comum da obra em colaboração (⁵³⁴). Regra esta cuja aplicação chega a ser pensada para os casos típicos de conexão de obras: “A vinculação, neste caso, nunca pode ser maior que a que existe na obra em colaboração. Se nesta o autor da parte que se possa discriminar a pode usar, desde que não prejudique a exploração da obra em conjunto, por maioria de razão o poderá fazer qualquer autor de obra com outra conexa. / Diremos por isso que o art. 18.º, 2 será também aplicável a este caso, por maioria de razão. Mas justamente por a conexão ser mais frouxa, teremos de partir do princípio de que a utilização separada é possível: a analogia não é completa. Diremos, por aproximação do art. 18.º, 1, que a utilização separada das contribuições individuais é possível quando, por contrariar as expectativas fundadas no acordo de conexão das obras, fira as regras da boa fé” (⁵³⁵).

7. Relativamente à chamada obra colectiva, trata-se, também, de uma obra cuja criação é pressupostamente devida a uma pluralidade de pessoas. Porém, a sua característica típica especial é o facto de ser “organizada por iniciativa de entidade singular ou colectiva e divulgada ou publicada em seu nome” (art. 16.º, 1-*b*). A consequência prática traduz-se em o “direito de autor

possa prejudicar a exploração em comum das obras assim criadas. Em termos próximos pode referir-se, por ex., a lei suíça, dispondo que se os contributos individuais se puderem separar e se nada tiver sido convencionado em contrário, poderá cada autor ou autora explorar autonomamente a sua contribuição própria, na medida em que tal não prejudique a exploração em comum da obra conjunta (Art. 7 URG).

(⁵³³) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 135.

sobre obra colectiva” ser atribuído a essa entidade (art. 19.º, 1).

Mas, em que consiste esta atribuição do direito de autor a outrem que não os criadores intelectuais da obra, sendo que essa entidade poderá ser inclusivamente uma pessoa jurídica em sentido estrito? Adquirirá esta originariamente o direito de autor relativo a estas obras?

Na opinião do Prof. Oliveira Ascensão, a obra colectiva distingue-se por “resultar prevalentemente duma empresa. [...] A organização toma um peso evidente. Cria-se a estrutura, que enquadra e dirige as actividades individuais. A obra é de atribuir à empresa, pois esta se tornou o elemento essencial. [...] As legislações admitem ou não a figura da obra colectiva. A lei alemã, por exemplo, não a prevê: o que para nós é obra colectiva é na Alemanha obra de colaboração. A empresa, se se quiser reservar direitos, deverá fazê-lo contratualmente. / Outra é a visão dos países latinos, e há que tirar todas as consequências da opção feita. A empresa é o verdadeiro titular do direito de autor. E titular originário: é ficcioso pretender uma transferência de direitos, dos criadores intelectuais para essa empresa. A obra colectiva é uma unidade e sobre essa só há o direito de autor da empresa, embora a empresa não seja um criador intelectual. [...] Mas a empresa não tem direitos pessoais. [...] Sendo assim, quando a contribuição individual dos vários colaboradores não possa discriminar-se, a obra não gerou nenhum direito pessoal” (536).

Sentimos algumas dificuldades, salvo o devido respeito, em subscrever esta tese, pois que, sob pena de violação do princípio da *auctorship*, não poderá estar em causa a atribuição da titularidade originária dos direitos de autor a uma pessoa colectiva, embora o pareça nos seus “términos más duros” (537). A chamada obra colectiva já existe e é protegida antes de ser divulgada ou publicada, como manda a regra do art. 1.º, 3 (538). Tal como a obra em colaboração, é uma obra criada por uma pluralidade de pessoas (art. 16.º, 1), isto é, de uma obra pressupostamente criada em co-autoria. É verdade que

(534) Porém, no sentido da irrelevância do fenómeno da conexão de obras “face à lei portuguesa”, v. Rebello, *Introdução*, p. 111-2.

(535) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 135-6. Este resultado, porém, é contestado, chegando a defender-se que a aplicação do art. 18.º, 1, “só no caso de divergência sobre o exercício do direito moral terá justificação (Rebello, *Introdução*, p. 113).

(536) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 124-7. Tratar-se-ia de um exemplo de como “las llamadas empresas de *copyright* se apoderaron de la tutela máxima, conferida por el derecho de autor, que sólo se justificaría por ser una tutela de la creatividad, cubriendo cada vez más enteramente con ella sus productos.” (Oliveira Ascensão, RFDUCM 82, p. 221).

o seu elemento caracterizador típico radica no facto de a sua criação ser organizada e dirigida por uma empresa. E, por isso, a lei atribui-lhe o direito de autor. Todavia, isso não significa que a obra colectiva seja uma criação da empresa. Se assim fosse, então as obras colectivas não seriam protegidas pelo direito de autor, pela mesma razão que as obras geradas por computador o não são. Em ambos os casos a obra não resultaria do exercício da liberdade de criação, que apenas se reconhece às pessoas humanas. Nessa medida, seria desprovida de originalidade, uma vez que a sua origem não seria imputável ao exercício dessa liberdade, como dissemos atrás.

Mas não é isto que se passa nas obras colectivas. Estas são criadas por pessoas humanas pressupostamente em co-autoria. Os exemplos típicos de possíveis obras colectivas ilustram isto mesmo. São os jornais e publicações periódicas, as enciclopédias, álbuns de pinturas, dicionários, um comentário a uma lei, em suma, “todos os casos desde que resultantes de contribuições de vários autores em que a coordenação tomou um peso essencial” (539).

Ora, por ser assim, e sendo que “o facto constitutivo dos direitos de autor é apenas a criação da obra” (Ac. STJ, 14-12-95) (540), não vemos por que razão não deve o princípio ser mantido (541). Os adquirentes originários do direito de autor relativo a obra colectiva, quer na sua dimensão pessoal, quer na sua dimensão patrimonial, serão os respectivos criadores. Todavia, porque

(537) Delgado, *La obra colectiva*, p. 160 (criticando o teor literal do art. 19.º do nosso Código).

(538) Neste sentido, Coelho Vieira, *Pluralidade de autores, pluralidade de obras*, p. 383 s., com apoio em Rodriguez Tapia (“a obra colectiva, como todas as obras, é considerada pela ordem jurídica, desde o momento da criação, recebendo a protecção da lei, nos termos gerais.” — p. 385).

(539) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 125. A estes exemplos serão de acrescentar os programas de computador que a nossa lei presume obras colectivas se realizados no âmbito de uma empresa (art. 3.º, 2, Decreto-Lei n.º 252/94, 20-10).

(540) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 156 s. (“os direitos pessoais surgem inegavelmente antes da divulgação. [...] o próprio direito patrimonial está constituído antes da divulgação.” — p. 160-1).

(541) Dietz, *El Derecho de autor*, p. 43 (referindo que não é seguro que se trate de titularidade originária das pessoas jurídicas, pelo menos no direito espanhol).

(542) Comparando os elementos constitutivos da noção de obra colectiva, com a regra de atribuição do direito de autor neste tipo de obras, constata-se a existência de um aparente requisito adicional. Na verdade, na noção de obra colectiva não consta o elemento de direcção presente na regra da atribuição do direito. Por um lado, qualifica-se como obra colectiva a obra que, sendo criação de uma pluralidade de pessoas, for organizada por iniciativa de entidade singular ou colectiva e divulgada ou publicada em seu nome

a sua criação é dirigida e organizada por uma empresa e em nome dela é divulgada ou publicada, a lei favorece esta actividade empresarial atribuindo os direitos patrimoniais disponíveis à empresa. Atribuição essa que opera, agora, não em termos de uma cessão presumida, mas, antes, directamente, *ex vi legis* (542).

Em contraposição com aquele entendimento, este resultado interpretativo terá, pelo menos, o mérito de não amputar a dimensão pessoal do direito de autor, para além de ser coerente com os princípios que informam o instituto e de não prejudicar o escopo desta regra de atribuição dos direitos, que é, reconhecidamente, favorecer a empresa que organiza e dirige a criação. Por outras palavras, no nosso sistema, parece-nos menos “ficcioso” o mecanismo da transmissão legal dos direitos do que a existência de “direitos de autor sem autor”, que seria a reconhecida “ficção [...] da autoria atribuída a uma entidade colectiva” (543).

Se, para efeitos de protecção, obra é “obra humana”, torna-se algo estranho ao sistema a obra de pessoa jurídica em sentido estrito. Difícil também é sustentar que, nestes casos, o direito de autor poderia ser desprovido de faculdades pessoais (544). Em nome de quê? Da empresa? Mas, não houve

(art. 16.º, 1-b). Por outro lado, dispõe-se que “o direito de autor sobre obra colectiva é atribuído à entidade singular ou colectiva que tiver organizado e dirigido a sua criação e em nome de quem tiver sido divulgada ou publicada” (art. 19.º, 1). Ou seja, a aplicação desta regra parece não depender apenas da existência de obra colectiva, mas também da circunstância de a sua criação ter sido dirigida pela entidade em nome de quem tiver sido divulgada ou publicada. Porém, não se trata verdadeiramente de um requisito adicional de direcção, mas antes de um reforço da característica típica destas obras: dever-se a sua criação à coordenação (organização, direcção) de uma empresa.

(543) Rebello, *Introdução*, p. 117.

(544) Aliás, será interessante referir que para exemplos comuns de obras colectivas, como os dicionários e enciclopédias, a lei prevê um regime especial relativo às modificações. Com efeito, o art. 95.º, sob epígrafe modificações, dispõe que o editor de dicionários, enciclopédias ou obras didácticas, depois da morte do autor, pode actualizá-las ou completá-las mediante notas, adendas, notas de pé de página ou pequenas alterações de texto; além disso, essas actualizações e modificações devem ser devidamente assinaladas sempre que os textos respectivos sejam assinados ou contenham matéria doutrinal.

(545) Numa breve análise de direito comparado, verificamos que um bom exemplo do que acabou de dizer-se é o regime da cessão legal relativa de direitos de exploração aos produtores de obras audiovisuais adoptado pelo legislador francês em 1957 (v. agora, Art. L 132-24 CPI). O problema é mais complexo, todavia, em matéria de obra colectiva. Ainda neste país, escreve-se, a propósito da obra colectiva que: “A pessoa moral deve ser considerada titular dos direitos mas não criadora da obra” (Bonet, *Code de la propriété*

criação humana? De resto, parece-nos que o fim prático da norma não é retirar os direitos pessoais aos criadores, mas antes investir a empresa, que dirigiu e

intellectuelle, p. 53). E, apesar de o seu regime ser considerado um “entorse à concepção personalista do direito de autor” (Vivant, *Les créations immatérielles*, p. 39), são reconhecidos direitos morais, quer ao criador (“realizador”) da obra colectiva considerada na sua unidade, quer aos criadores das contribuições discrimináveis (cfr. Bertrand, *Le droit d’auteur*, p. 296; Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 132). Acresce que na decisão de referência do Tribunal de Cassação, embora se admita que a pessoa moral seja titular do direito, é problemático que se trate, com propriedade, de aquisição originária (v., por todos, Cass. civ. 17-3-1982, D. 1982, p. 71).

No direito italiano, não é claro que o regime da obra colectiva derroque o princípio de que o título originário de aquisição do direito de autor é a criação de obra, abrangendo as faculdades morais e as faculdades pessoais; tendo em conta a especificidade da obra colectiva, a lei (art. 6) considera autor quem dirige e organiza a criação da própria obra, pois que se trata de saber quem é o titular dos direitos, sem pôr em causa o princípio de que o título originário da obra é a sua criação (v. Giannini, *Il diritto d’autore*, p. 36); o que, aliás, é claramente afirmado em sede de contrato de edição, sendo apenas atribuído *ex lege* ao “editor” o direito de utilização (cfr. Ascarelli, *Teoria*, p. 723, 739, 778-80). Sendo que este entendimento parece valer, de igual modo, em Espanha, falando-se, a propósito, “numa transmissão de direitos operada *ex lege*” (Rodríguez Tapia, *Le cesion en exclusiva*, p. 118).

Ainda no direito comparado, é de referir que na legislação estadunidense a obra colectiva é definida como a obra na qual são reunidas num todo colectivo diversas contribuições que constituem obras elas próprias separadas e independentes; como exemplos de obra colectiva, são dadas as publicações periódicas, as antologias e as enciclopédias. Por outro lado, as obras colectivas são incluídas no termo compilação, isto é, na obra formada pela recolha e agrupamento de materiais preexistentes ou de dados, que são seleccionados, combinados ou arrançados de tal modo que a obra resultante como um todo constitui uma obra original de autoria (17 USC § 101). Os direitos relativos à compilação estendem-se apenas ao material criado pelo autor da compilação, distinto do material pré-existente nela utilizado, e não implica qualquer direito exclusivo relativo a ele, sendo o direito relativo à compilação independente da protecção do material preexistente (17 USC § 103). Em conformidade, o direito relativo a cada contribuição separada de uma obra colectiva é distinto do direito sobre a obra colectiva como um todo, e é atribuído inicialmente ao autor da contribuição. Note-se que, ao invés das compilações, e apesar de ser incluída neste termo, na obra colectiva não é utilizado material preexistente, embora o direito sobre a parte seja distinto do direito sobre o todo. Não obstante, na ausência de uma transferência expressa do direito ou direitos relativos às partes, presume-se que o titular do direito sobre a obra colectiva adquiriu apenas o privilégio de reproduzir e distribuir a contribuição como parte dessa determinada obra colectiva, de uma sua qualquer revisão, ou de uma qualquer obra colectiva da mesma série (17 USC § 201(c)). Todavia, se essas contribuições forem feitas “por encomenda”

organizou a criação, na titularidade dos direitos de exploração económica, premiando-a pelo risco do investimento em actividades de criação cultural ⁽⁵⁴⁵⁾.

Assim, à semelhança das obras em colaboração, a cessão legal dos direitos patrimoniais disponíveis não prejudica, a nosso ver, o direito que os criadores têm de, individualmente, reivindicar a co-autoria da obra. Não obstante, se a sua contribuição pessoal for discriminável, em termos de constituir de *per se* uma obra *a se stante*, a cessão legal, presumida ou estatuída, consoante os casos, não abrange o direito de autor *tout court* sobre essa sua “produção pessoal”.

Com efeito, qualquer dos autores, *rectius* dos criadores intelectuais, pode “exercer individualmente os direitos relativos à sua contribuição pessoal, quando esta possa discriminar-se” (art. 18.º, 2). Pense-se, por ex., na importância da estrutura de um jornal ou de uma enciclopédia, na medida em que seja autonomizável enquanto criação individual. Este critério, que vale tanto para a obra feita em colaboração como para a obra colectiva (arts. 18.º, 2, e 19.º, 2), deve, porém, entender-se *cum granum salis*, uma vez que o exercício desses direitos não pode ser feito em “prejuízo da exploração em comum da obra” (art. 18.º, 2, aplicável à obra colectiva por força do art. 19.º, 2) ⁽⁵⁴⁶⁾. Esta ressalva no contexto das obras criadas por uma pluralidade de pessoas corresponde, *mutatis mutandis*, ao disposto em sede de obra criada

(*works made for hire*), o empregador ou a pessoa para quem a obra é preparada, é considerada o autor para efeitos de atribuição inicial do direito e tem todos os direitos compreendidos no *copyright*, a menos que as partes tenham convencionado o contrário por escrito assinado por ambos (§ 201(b)). Refira-se, ainda, que a obra colectiva distingue-se da obra conjunta (*joint work*), isto é, de obra preparada por dois ou mais autores com a intenção de que as suas contribuições se fundam em partes inseparáveis ou interdependentes de um todo unitário. Nestes casos os autores da obra conjunta são co-titulares do *copyright* sobre a obra (17 USC § 201(a)).

Em comparação, por ex., com o direito francês, a estas noções de obra colectiva e de obra conjunta contrapõem-se as noções de: 1.º obra de colaboração, em cuja criação participaram diversas pessoas físicas, sendo propriedade comum dos co-autores; podendo cada um, porém, salvo convenção em contrário, explorar separadamente a sua contribuição pessoal sem causar prejuízo à exploração da obra comum, quando a participação dos co-autores for de géneros diferentes; 2.º obra compósita, que é a obra nova na qual é incorporada uma obra pré-existente sem a colaboração do autor desta última, sendo propriedade do autor que a cria (a obra nova), sob reserva dos direitos do autor da obra pré-existente; 3.º obra colectiva, quando criada por iniciativa de uma pessoa física ou moral que a edita, publica ou divulga sob sua direcção e seu nome e na qual a contribuição pessoal dos diversos autores que participam na sua elaboração se funde no conjunto em vista do qual é concebida, sem que seja possível atribuir a cada um deles um direito

por encomenda ou por conta de outrem, uma vez que, nestes casos, apesar de o criador intelectual ser titular do direito de autor *tout court*, “não pode fazer utilização da obra que prejudique a obtenção dos fins para que foi produzida” (art. 15.º, 3).

Por outro lado, a circunstância de a obra ter sido criada no âmbito de uma contribuição pessoal para uma obra feita em colaboração ou colectiva, exclui-a do regime da obra compósita⁽⁵⁴⁷⁾. Com efeito, a obra compósita consiste, como vimos, naquela “em que se incorpora, no todo ou em parte, uma obra preexistente, com autorização, mas sem a colaboração, do autor desta” (art. 20.º, 1).

Ou seja, enquanto na obra de colaboração ou na obra colectiva a circunstância de uma contribuição pessoal realizada nesse âmbito ser discriminável em termos de constituir uma criação intelectual *a se stante*, na obra compósita a obra nela incorporada preexiste à sua criação. Pelo que, não obstante os direitos relativos à obra compósita pertencerem exclusivamente ao respectivo autor, ele necessita de obter autorização do autor da obra preexistente que incorpora, ressalvando-se, portanto, os seus direitos (art. 20.º, 2).

8. Antes de prosseguir, cumpre referir, porém, que o legislador prescreveu a qualificação como obra de colaboração de uma série de obras a que chamou obras radiodifundidas, obras cinematográficas, obras videográficas e obras fonográficas. Em todos estes casos parece ter considerado tratar-se de outras feitas por uma pluralidade de pessoas, do tipo obra em colaboração. Depois, terá discriminado, expressamente, contribuições pessoais constitutivas de criações intelectuais *a se stante*, em termos de atribuir aos respectivos autores a co-autoria daquelas obras.

Assim, por exemplo, são considerados co-autores da obra radiodifundida, como obra feita em colaboração, não apenas os autores do texto e da música, mas também os autores da realização e, ainda, da adaptação nos casos de

distinto sobre o conjunto realizado, constituindo, salvo prova em contrário, propriedade da pessoa física ou moral em nome da qual é divulgada (Art. L. 113-2-5 CPI).

⁽⁵⁴⁶⁾ Em sede de produção de obra cinematográfica, prescreve o art. 135.º que “os autores da parte literária e da parte musical da obra cinematográfica podem reproduzi-las e utilizá-las separadamente por qualquer modo, contanto que não prejudiquem a exploração da obra no seu conjunto”.

⁽⁵⁴⁷⁾ Os jornais e outras publicações periódicas presumem-se obras colectivas, pertencendo às respectivas empresas o direito de autor sobre as mesmas (art. 19.º, 3). Todavia, o jornal, enquanto obra colectiva, não se confunde com os trabalhos jornalísticos

obras inicialmente não criadas para a comunicação audio-visual (art. 20.º, 1). A obra radiodifundida é definida como a obra “criada segundo as condições especiais da utilização pela radiodifusão sonora ou visual e, bem assim, as adaptações a esses meios de comunicação de obras originariamente criadas para outra forma de utilização” (art. 21.º, 1).

Trata-se de uma definição exemplar quanto à caracterização das obras seguintes, que se caracterizam pela sua criação segundo, ou mediante adaptação a, determinados meios tecnológicos de comunicação (por ex., radiodifusão, cinema), sendo pressupostamente criadas por uma pluralidade de pessoas em colaboração, às quais se reconhecem determinadas contribuições pessoais de autoria. Mas, os “co-autores” destas obras serão, simultaneamente, autores das suas contribuições pessoais? Isto é, para além de um direito sobre o todo, que a cada um dos co-autores assistirá na qualidade de consorte — considerando-se de valor igual as partes indivisas dos autores, na ausência de estipulação escrita em contrário (art. 17.º, 2) —, ser-lhes-á atribuída, ainda, a titularidade exclusiva do direito de autor sobre a respectiva parte?

Não propendemos para a resposta afirmativa. Aliás, é muito duvidoso que, em rigor, se possa falar de obras radiodifundidas, videográficas e fonográficas. Todavia, a jurisprudência reconhece-as⁽⁵⁴⁸⁾ e a doutrina admite-as, ainda que em casos raros: “O fonograma e a emissão de radiodifusão são sempre, afinal, veículos. Mas a lei [...] quer referir estas obras só possíveis pelo recorte de sons que é dado pelo seu veículo [3] a pseudo obra videográfica é simplesmente audiovisual, delimitada pelo suporte material”⁽⁵⁴⁹⁾. Acresce que a doutrina admite estas obras, no sentido de atribuir ao “realizador” a qualidade de “verdadeiro autor [a] quem faz essa fixação de que resultou uma nova realidade cultural”, concluindo, porém que: “Há em tudo uma grande infelicidade que obscurece o sistema legal”⁽⁵⁵⁰⁾.

Não obstante, concentrando-nos na obra cinematográfica, que constitui

que nele sejam publicados. Compreende-se assim que “o direito de autor sobre trabalho jornalístico produzido em cumprimento de um contrato de trabalho” pertence ao autor se tiver identificação de autoria, caso contrário “será atribuído à empresa” (art. 174.º, 1 e 4), à qual pertencerão, ainda, os direitos relativos ao jornal. Na primeira hipótese, o autor, apesar de ser titular do direito, não poderá, em certas circunstâncias, publicar o seu trabalho em separado sem autorização da empresa.

⁽⁵⁴⁸⁾ V. Ac. Rel. Lisboa, 28-5-95, CJ, XX, IV, p. 92 (“Os programas radiofónicos ‘Diário Rural’ e ‘Piquenício’ não podem ser considerados obras sobre as quais possam incidir direitos de autor por não se ter demonstrado que possuísem uma estrutura, um argumento, um esquema original, fixo e permanente, adaptado às condições próprias da transmissão radiofónica.”).

(⁵⁴⁹) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 82-3; v. Rebello, *Introdução*, p. 114 (referindo-se à obra radiodifundida como “designação aliás infeliz, que deveria substituir-se pela de ‘obra audiovisual’”).

(⁵⁵⁰) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 137 (v., ainda, p. 82).

(⁵⁵¹) Reconhecendo a figura da “Gesamtkunswerk”, Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 42; Nordemann/Vinck, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 2, p. 87; Hertin, *Urheberrecht*, p. 31 (e, já, por todos, Gamm, *Urheberrechtsgesetz*, § 2, Rdnr. 2). A questão, todavia, é discutida. Ulmer não parece utilizar tal expressão, embora sustente que os filmes pertencem ora às artes aplicadas ora às artes plásticas (*bildenden Künste*) ora às obras literárias (*Sprachwerken*): “Die Filmwerke sind vielmehr eine Werkgattung eigener Art. Als solche sind sie annerkant. Die persönliche geistige Schöpfung, die für den Urheberrechtsschutz wesentlich ist, liegt bei Stummfilmen in der Gestaltung der Bildfolgen, bei Tonfilmen in der Gestaltung der Bild — und Tonfolgen.” (Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 154). Ora, o problema é justamente quando a configuração ou realização da sequência de imagens e de sons é devida a duas pessoas. Tratar-se-á de co-autoria, ora do som, ora da imagem? Será uma situação de conexão de obras, som e imagem? Só que tal pergunta estará inquinada. A prestação criativa apura-se, desde logo, ao nível da sequência de imagens, acompanhada ou não de sons. O autor da obra de expressão sonora só será, em rigor, autor do filme se a ele se dever também uma prestação criativa ao nível da realização da sequência.

Ulmer, à exceção do *Regisseur*, parece remeter a questão para o caso concreto, embora, se não estamos a trair o seu pensamento, segundo esta orientação. Como nos diz: “Porque a criação do ‘filme’ experimenta primeiro a sua plenitude na realização, distinguem-se os ‘filmes’ de outras espécies de obras como as obras cénicas (*Bühnenwerke*). No teatro e na ópera a representação e a eventual filmagem seguem a criação da obra. Diferente é nos ‘filmes’, nos quais como actos relevantes para o direito de autor são consideradas em especial também as prestações criadoras que são apresentadas na realização. No círculo do autor do filme é de contar em qualquer caso o *Regisseur*, enquanto para outros criadores do ‘filme’, como os actores, os homens da câmara, os roupeiros, etc., a questão da autoria fica reservada para o caso concreto.” (Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 157).

Este entendimento é, salvo melhor juízo, aquele para o qual nos inclinamos, secundando, entre nós, o Prof. Oliveira Ascensão (v. *infra*). Se existe, e não restam dúvidas do contrário — assim como também não restam em relação à fotografia —, alguma prestação criativa que pode individualizar e contradistinguir o cinema como a sétima arte, pois essa prestação é justamente a realização (também neste sentido, Loewenheim, in Schricker, *Urheberrecht*, § 2, p. 146); mas já não a música, ou os diálogos, ou os “camera-men”. Estes são ou podem ser autores de prestações criativas autónomas e próprias. Mas não é isso que os torna autores de uma obra cinematográfica ou, de um modo geral, audiovisual. Por isso dizemos que o nosso legislador pré-ficcional e impõe a conexão, embora acabe por ressaltar a autonomia que predica e contradistingue as diversas prestações criativas que podem ser utilizadas numa obra cinematográfica, quer sejam pré-existentes, quer sejam criadas para o efeito. Em termos próximos do que sustentamos encontra-se Wenzel, quando escreve que: “Das

UrhG erkennt Filmwerke als *eigene Werkgattung* an. Eine Verfilmung baut idR auf einer Bearbeitung vorbestehender Werke auf, insbesondere auf literarischen und musikalischen. Auch das Drehbuch ist ein vorbestehendes Werk. Die Formgebung beginnt mit den Dreharbeiten und endet mit dem Filmschnitt. Das Schöpferische besteht in der Kombination der bewegten Bildfolge. Beim Tonfilm kommt der Dialog und die Filmmusik hinzu, die mit der Bildfolge zu einer künstlerischen Einheit verscholzen werden. Das ist im wesentlichen die *Leistung des Regisseurs*. Deswegen ist der Regisseur idR der Filmurheber.” (Wenzel, *Urheberrecht*, p. 47).

Note-se que a realização pode ser criação de uma pluralidade de pessoas, como outra qualquer. Como dispõe a lei suíça, “se tiverem colaborado várias pessoas como autores ou autoras na criação de uma obra, então pertence-lhes em comum o direito de autor” (Art. 7 URG). Ou seja, se duas ou mais pessoas tiverem colaborado na criação da combinação da sequência de imagens animadas em que se analisa a obra cinematográfica, então o direito de autor pertence-lhes em comum. Isso não obsta a que o criador dos diálogos e dos argumentos e/ou da música possa ser também o realizador, e que esta se trate da mesma pessoa. Pense-se em Charlie Chaplin e, mais recentemente, Woody Allen. São a prova de que é a realização, enquanto “combinação de sequências de imagens animadas”, que contradistingue e individualiza a prestação criativa cinematográfica. E, ao mesmo tempo, ainda que por factos diferentes, são autores do argumento, da música, *et caetera*. Afirmar que o autor da banda musical é, só por isso, co-autor do filme é negar à cinematografia a sua especificidade artística criativa. Porque pode haver filme sem som, sem diálogo, sem roupeiro, sem argumento, sem actores, sem que se confunda, ao mesmo tempo, com uma pura sequência de fotografias, até porque poderá nem sequer haver obra fotográfica, uma vez que a criatividade radicar-se-á na combinação da sequência animada da fixação de imagens e não na fixação em si.

Todavia, a obra fotográfica pode ser criada no decurso da produção de uma obra cinematográfica, sendo o autor, ou o homem da câmara ou o realizador do filme, consoante a definição dos termos da fixação seja apenas de atribuir a este ou antes se reconheça àquele uma margem de liberdade que permita criar a fotografia (anote-se a este propósito o § 91 UrhG, nos termos do qual, em relação à exploração de uma obra cinematográfica, o produtor de uma obra cinematográfica é considerado ter obtido o direito de explorar as fotografias que foram criadas em conexão com a produção de uma tal obra cinematográfica; o fotógrafo não terá direitos a este respeito).

Em termos próximos, Reh binder sustenta que o filme (“Filmwerk”, § 2(6)) representa uma “complicada conexão e estratificação de prestações intelectuais de uma pluralidade de pessoas, cujas contribuições não são do mesmo modo e do mesmo valor”, embora sustentando que “o § 2(6) UrhG consagra as obras cinematográficas como forma especial de obra (*besondere Werkart*) e considera a parte da imagem e a parte do som como unidade de obra (*Werkeinheit*)” (Reh binder, *Urheberrecht*, p. 106). Trata-se, porém, de uma ficção legal, pois que, de outro modo, existiriam prestações criativas com “Doppelcharakter”, uma vez que outros que não o realizador seriam, ao mesmo tempo, co-autores do filme e autores singulares dos seus contributos autónomos. Mas, como refere Haberstumpf, mesmo que esta argumentação não seja de aplaudir, “é a concepção legislativa de seguir por razões práticas. Ela prossegue o objectivo de facilitar a exploração unitária de um ‘filme’ e a

unificação dos necessários direitos daí resultantes na mão do produtor do ‘filme’. Este objectivo explica-se para padronizar as relações de autoria nos ‘filmes’ e não complicar através do alargamento de direitos de co-autoria, tanto mais que da solução encontrada pelo legislador para os criadores de obras pré-existentes destinadas ao filme nenhuma desvantagens graves decorrem.” (Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, p. 77).

Parece-nos importante esta referência de direito comparado num tempo em que a opinião tendencialmente predominante equipara as ditas obras multimedia às obras audiovisuais (v. Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 42-3). Neste país as obras colectivas não são reconhecidas, além de que não é consagrada a solução permitida pela Convenção de Berna de *cessio legis* dos direitos económicos a favor do produtor de filmes. Por seu turno, o § 88(1) UrhG “deixa muito espaço para a aplicação do princípio geral do fim da cessão (*Zweckübertragungsprinzip*) no domínio do ‘filme’” (Hertin, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 88, p. 603-4). Não obstante, o regime especial relativo à ‘produção’ consagra algumas regras destinadas a favorecer a produção cinematográfica, em termos que se consideram ser de utilidade, de igual modo, para a categoria das “audio-visuellen Werke” cuja introdução expressa na lei se propõe, à semelhança, nomeadamente, do legislador francês (v. Art. L. 112-3, 6 CPI). Pelo que, assimilando as “Multimediawerke” às obras audiovisuais obtém-se a aplicação àquelas do regime destas.

Uma outra questão que se relacionada com os ‘filmes’ tem a ver com as condições de protecção das obras fotográficas. Pensamos que uma das razões que terão justificado a harmonização dos requisitos destas obras em termos mínimos, como os programas de computador, terá sido o facto de poderem ser consideradas autonomamente como obras individuais distintas da obra cinematográfica, com interesse justamente para evitar o problema da protecção das pequenas partes de obras. Assim, na digitalização do filme, cada fotografia poderá ser protegida, não como parte da obra cinematográfica, mas antes como obra autónoma, não se levantando, portanto, o problema da protecção de pequenas partes de obras. O que poderá ser de importância, nomeadamente, para o chamado *sampling* da imagem e outras aplicações da tecnologia digital (fragmentação, reformatação, colorização, combinação, supressão de elementos e introdução de outros), e que assumem especial relevo no domínio das chamadas obras multimedia (sobre o *sampling* de sons, Weßling, *Sound Sampling*, p. 31, 99, 136).

Refira-se a este propósito que a caracterização destas obras como obras *proprio sensu* deveria partir da identificação de uma prestação criativa como é aquela do realizador na obra cinematográfica e nas obras audiovisuais em geral. Um problema que a equiparação do multimedia ao audiovisual coloca é que, desde logo, pode não estar a permitir o surgimento e afirmação de uma nova forma autónoma de expressão artística, quando se reconhece já que a criação multimedia constitui um “novo género” de obras (Gautier, RIDA 1994, p. 95). Além disso, estão já afirmadas as *Cyberarts* (v. Millé, “*Artes Cibernéticas*”, p. 707 s.), que se prendem com a criação de ambientes de inteligência “artificial criada” e de realidade virtual. A questão levar-nos-ia também para o problema das patentes. Mas vamos referir apenas que, em nosso entender, não se deveria prejudicar o surgimento da nova forma de expressão artística que a informática carrega, assimilando as “obras informáticas” às tradicionais obras literárias ou artísticas. Um exemplo disto mesmo

o padrão das obras audiovisuais, importa referir que parece ter sido adoptada a concepção da obra audiovisual como “obra de arte global” (*Gesamtkunstwerk*), isto é, como um conjunto integrado de texto, som e imagens animadas, combinando diversos géneros de formas de expressão num modo comunicativo comum ⁽⁵⁵¹⁾. Talvez por isto se considere a obra audiovisual como obra feita em colaboração ⁽⁵⁵²⁾. Acresce, porém, que não apenas é operada esta qualificação como ainda são inventariadas as diversas contribuições pessoais e definidos os respectivos autores. Assim, consideram-se autores da obra cinematográfica: o realizador, o autor do argumento, dos diálogos (se for pessoa diferente) e o da banda musical. Trata-se, portanto, de determinadas contribuições pessoais que são realizadas no âmbito do processo de criação da obra cinematográfica, isto é, feitas expressamente para o cinema. E, por ser assim, consideram-se também co-autores os autores da adaptação e dos diálogos quando se trate de adaptação de obra não composta expressamente para o cinema (art. 22.º, 2).

Ora, retomando a questão, parece-nos que estes co-autores, apesar de assim serem designados, não terão direitos relativamente à obra cinematográfica na medida em que são autores de contribuições pessoais individualizáveis. Isto significa que os autores, por ex., do argumento e da banda musical, enquanto tais, apenas terão direitos em relação às suas contribuições pessoais individuais que a lei atomiza como obras *a se stante*. Donde decorre que, em princípio, só o realizador será autor *proprio sensu* da obra cinematográfica,

são, a nosso ver, os jogos de computador. A tendência, todavia, é para separar duas dimensões nestas interessantes criações, uma funcional ou o programa de computador, outra estética ou audiovisual, afirmando-se uma pluralidade de autores respeitantes à descrição do jogo como obra literária, ao programa de computador, às figuras como obras de artes plásticas, e a configuração audiovisual como ‘filme’, acrescentando-se ainda titulares de direitos conexos como o produtor do filme; um outro aspecto relevante prende-se com a protecção da superfície do utilizador ou *Benutzeroberfläche* (“look and feel”, “Displays”) que abrange a forma e o modo do serviço do programa, bem como o modo de apresentação e de saída da informação, sendo protegidos como “obras audiovisuais” nos EUA, embora na Alemanha prevaleça o entendimento de que a sua protecção deverá ser operada pelo direito da concorrência; refira-se ainda a *Computerkunst*, com os cenários de realidade virtual e de três dimensões, o teatro electrónico, os gráficos informáticos, etc., cuja protecção, porém, é prejudicada na medida da inexistência de criação humana, embora se entenda que as “configurações visuais” devam ser valoradas pelo direito de autor e pelo direito da concorrência, independentemente do programa de computador e do equipamento (cfr. Schlatter, *Der Rechtsschutz von Computerspielen, Benutzeroberflächen und Computerkunst*, p. 169 s., 203 s., 211 s.; note-se, porém, que a lei inglesa prevê uma protecção especial

uma vez que a sua contribuição pessoal não é dela discriminável ⁽⁵⁵³⁾.

E, ainda que o realizador seja o autor do roteiro, inclinamo-nos para o entendimento segundo o qual: “O autor do roteiro, como tal, não é autor da obra cinematográfica. O roteiro é um esquema para a acção. Não vale como obra literária, pois não é como tal incorporado no filme; nem como obra cinematográfica, pois não tem natureza cinética. O seu elaborador fica pois excluído do círculo dos autores” ⁽⁵⁵⁴⁾. Isto significa que a lei parte da concepção da obra cinematográfica como obra em colaboração, se bem que, a nosso ver, acabe por atribuir os direitos a ela relativos, em princípio, apenas ao realizador ⁽⁵⁵⁵⁾. Assim é uma vez que atomiza as contribuições pessoais dos demais “co-autores” ⁽⁵⁵⁶⁾ individualizando-as como obras *a se stante*. Isto tem ainda uma outra consequência, qual seja: a de impor a “conexão” destas

numa “norma curiosa” (§ 9(3) CPDA) para obras geradas por computador, v. Bainbridge, *Intellectual Property*, p. 203-4, *Software Copyright Law*, p. 185 s.).

⁽⁵⁵²⁾ Neste sentido, Rebello, *Introdução*, p. 114. Para uma crítica cerrada a esta qualificação, v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 83, 138-40, 512 s. (“o legislador decidiu-se expressamente pela qualificação que não é verdadeira: considera a obra feita em colaboração” — p. 138).

⁽⁵⁵³⁾ Todavia, v. Rebello, *Introdução*, p. 114-6.

⁽⁵⁵⁴⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 140 (no sentido de que o realizador é o verdadeiro criador da obra audiovisual, v., ainda, p. 83, 139, 515, 517, 520). O legislador comunitário consagrou esta orientação dispondo que o realizador principal de uma obra cinematográfica ou audiovisual será considerado autor, embora tenha possibilitado aos Estados-membros preverem que outras pessoas sejam considerados co-autores.

⁽⁵⁵⁵⁾ Esta consideração do realizador como autor *proprio sensu* da obra cinematográfica é reforçada pela disposição segundo a qual a conclusão da obra cinematográfica dá-se após o realizador e o produtor estabelecerem, por acordo, a sua versão definitiva (art. 130.º).

⁽⁵⁵⁶⁾ Em relação a estes “co-autores”, escreve o Prof. Oliveira Ascensão: “A lei atinge esse objectivo [de os fazer beneficiar da exploração da obra cinematográfica final] através de uma ficção: declara que eles são co-autores. / Mas como na realidade não podem ser co-autores, podemos, respeitando o regime desejado pela lei, negar a ficciosa qualificação. Podemos qualificar a obra cinematográfica segundo a sua natureza verdadeira, observando porém, quando se tratar de definir o respectivo regime, que outras categorias de pessoas têm um estatuto assimilado ao de autores da obra cinematográfica.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 139).

⁽⁵⁵⁷⁾ Note-se, porém, que relativamente à produção de obra cinematográfica, enquanto forma de utilização especial cujo regime é aplicável às demais obras audiovisuais (art. 140.º), é exigida a autorização dos autores das obras preexistentes, ainda que estes não sejam considerados autores da obra cinematográfica nos termos do art. 22.º (art. 124.º). Parece-nos que, pela negativa, confirma-se o que dissemos em texto. Na verdade, para efeitos de produção cinematográfica, quer as obras preexistentes propriamente ditas que são

obras, com relevo para o regime da sua exploração individual. Com efeito, para além de afastar, nestes casos, as regras da obra compósita por não se tratar de obras preexistentes ⁽⁵⁵⁷⁾, condiciona, ainda, o exercício individual dos direitos relativos às obras atomizadas em torno da obra cinematográfica ao não prejuízo da exploração comum desta ⁽⁵⁵⁸⁾.

9. Esta questão não ficará resolvida sem se tratar de um outro problema, que pode enunciar-se nos seguintes termos: que valor normativo tem a enumeração dos “co-autores” destas categorias de obras? Será uma tipificação taxativa das contribuições pessoais susceptíveis de discriminação em determinadas obras de colaboração? Ou, pelo contrário, consistirá, apenas, num elenco exemplificativo das diversas contribuições pessoais susceptíveis de serem geradas no seio da criação de uma obra deste tipo?

Analisando os dados normativos relevantes, interessa referir, para começar, que os “colaboradores técnicos” são excluídos da noção de “colaboradores criativos”. De um modo geral, os colaboradores técnicos, aos quais não são atribuídos quaisquer poderes incluídos no direito de autor, são “aqueles que tiverem simplesmente auxiliado o autor na produção e divulgação ou publicação” da obra, “seja qual for o modo por que o tiverem feito” (art. 17.º, 4), e, em especial ou *stricto sensu*, “as pessoas singulares ou colectivas intervenientes a título de colaboradores, agentes técnicos, desenhadores, construtores ou outro semelhante na produção e divulgação” de obras radiodifundidas, cinematográficas, fonográficas e videográficas e, ainda, obras de arquitectura, urbanismo e *design* (art. 26.º, sob epígrafe “colaboradores técnicos”). Assim, pela negativa, podemos concluir que as prestações dos “colaboradores técnicos”, embora possam ser objecto de direitos conexos dos quais serão titulares, não são susceptíveis de constituir contribuições pessoais

incorporadas na obra cinematográfica, quer as contribuições individualmente discrimináveis no processo da criação cinematográfica, são consideradas obras preexistentes no sentido de ser exigida a autorização de todos os respectivos autores para a sua utilização na produção cinematográfica.

⁽⁵⁵⁸⁾ Esta conclusão é reforçada pelo teor do art. 135.º, nos termos do qual os autores da parte literária e da parte musical da obra cinematográfica podem reproduzi-las e utilizá-las separadamente por qualquer modo, na medida em que essa utilização e reprodução separadas não prejudiquem a exploração da obra no seu conjunto. Não obstante — *et pour cause* —, não poderão obstar à sua incorporação na obra cinematográfica para a qual foram criadas. A menos que estejam em causa direitos pessoais, acrescente-se.

discrimináveis, estando estas reservadas aos colaboradores criativos ⁽⁵⁵⁹⁾.

Depois, uma resposta *per mezzzo* ao problema colhe-se no preceituado no art. 23.º, nos termos do qual: “Aos direitos dos criadores que não sejam considerados co-autores, nos termos do art. 22.º, é aplicável o disposto no art. 20.º”. Ou seja, *prima facie*, seriam admissíveis outros criadores, os quais, porém, não beneficiariam da qualidade de autores, por não constarem do elenco do respectivo tipo de obra. Todavia, seriam, ainda, protegidos pelo regime da obra compósita, no sentido de ser necessária a sua autorização para incorporar as respectivas criações na obra audiovisual (arts. 21.º, 3, 22.º e 23.º).

Porém, se assim fosse, estar-se-ia perante uma contradição normativa. Por um lado, estes criadores não seriam considerados autores de tais obras, apesar de poderem integrar a categoria dos colaboradores criativos. Por outro lado, poderiam obstar à incorporação das suas criações intelectuais numa tal obra, prejudicando, desse modo, a sua exploração em comum.

Ora, em nosso entender, estes casos representam um elenco exemplificativo de autores, aos quais poderão juntar-se outros colaboradores criativos com contribuições pessoais discrimináveis ⁽⁵⁶⁰⁾. Contudo, a referência do art. 23.º aos criadores que não sejam considerados “co-autores” deve ser restritivamente interpretada no sentido de abranger, apenas, os criadores, isto é, os autores de obras pré-existentes que tenham sido incorporadas na obra em colaboração. É, nessa medida, uma remissão para o regime da obra compósita nos casos de “utilização de outras obras na obra cinematográfica”, socorrendo-nos da epígrafe do próprio art. 23.º

Vale isto por dizer que os autores dessas obras, embora não sejam criadores e, por isso, autores das obras audiovisuais, serão, ainda, os respectivos criadores intelectuais. Assim, as obras destes autores preexistem ao processo de criação da obra em colaboração que a obra audiovisual pressupostamente começa por ser ⁽⁵⁶¹⁾.

⁽⁵⁵⁹⁾ Como critérios de separação das participações não protegidas das contribuições criativas são apontados, por um lado, a circunstância de a pessoa em causa se limitar a fornecer um tema, ideias gerais, linhas de acção; e, por outro, o facto de a realização ser efectuada com base em directrizes muito detalhadas, que não deixam espaço à faculdade de criação (cfr. Bertrand, *Le droit d'auteur*, p. 270). Pela positiva, o critério distintivo de uma obra de colaboração será, seguindo a fórmula de Desbois, a existência de um “programa comum” (v. Lucas/Lucas, *Traité*, p. 175).

⁽⁵⁶⁰⁾ É duvidoso que esteja nessa situação o operador cinematográfico (“*cameraman*”).

§ 28. TRAÇOS DO CONTEÚDO DO DIREITO DE AUTOR

Único. Identificados os traços gerais relativos ao objecto e ao sujeito do direito de autor, interessa compreender seguidamente os princípios que informam o seu conteúdo jurídico.

São, no essencial, quatro princípios fundamentais: patrimonialidade, pessoalidade, temporalidade e territorialidade. Os dois primeiros estão consagrados na letra do art. 9.º, o qual, sob epígrafe “conteúdo do direito de autor”, dispõe, expressamente, que “o direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais” (art. 9.º). Os restantes decorrem, respectivamente, por um lado, das regras relativas à duração do direito de autor que prescrevem a sua caducidade pelo decurso do tempo (art. 31.º, consagrando a regra geral dos 70 anos *post mortem auctoris*), caindo a obra no domínio público, e, por outro lado, das regras da competência da ordem jurídica portuguesa para determinar a protecção a atribuir a uma obra (art. 63.º).

Daremos especial atenção aos princípios da patrimonialidade e da pessoalidade, e faremos uma breve referência aos princípios da temporalidade e da territorialidade.

§ 29. PATRIMONIALIDADE E DIREITO DE UTILIZAÇÃO

1. Para começar, o princípio da patrimonialidade significa que o direito de autor é composto por direitos de carácter patrimonial, abreviadamente denominados direitos patrimoniais. Vale isto por dizer que a obra é protegida enquanto fonte de aproveitamento económico, sendo reservado ao autor o exclusivo da sua utilização e exploração. Trata-se de um bem imaterial que constitui objecto de direitos de natureza patrimonial. Com efeito, o direito de autor consiste, na sua vertente patrimonial, no direito exclusivo de dispôr, fruir e utilizar a obra ou de autorizar a sua fruição e utilização, total ou parcial, por terceiro (art. 9.º, 2). Assim, a obra é um bem imaterial coisificado, integrando a categoria das coisas incorpóreas. Neste sentido aponta o art. 10.º, 1, nos termos do qual “o direito de autor sobre *a obra como coisa incorpórea* é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação”.

Dir-se-ia, assim, que as obras protegidas pelo direito de autor constituiriam uma espécie das coisas incorpóreas tuteladas pela propriedade

intelectual. Tese esta à qual o regime dos direitos patrimoniais não se oporia. Com efeito, sob epígrafe “disponibilidade dos poderes patrimoniais”, consagram-se dois tipos de actos de disposição sobre a obra que assistem em exclusivo ao titular dos direitos. Por um lado, a transmissão ou oneração, “no todo ou em parte, do conteúdo patrimonial do direito de autor sobre essa obra” (art. 40.º-*b*), ainda que se trate de disposição antecipada sobre obra futura (art. 48.º) ⁽⁵⁶²⁾. Por outro lado, a autorização de “utilização da

L. Francisco Rebello pende para a resposta afirmativa, tendo em conta que, nos termos do art. 164.º, 3, são consideradas fotografias os fotogramas das películas cinematográficas (Rebello, *Introdução*, p. 116, n. 16). O argumento parece-nos fundado, pelo que não se deverá afastar a hipótese de ser o autor da fotografia e de nessa medida integrar a categoria dos “co-autores” do filme. Porém, deverá aplicar-se o requisito de protecção das obras fotográficas, nos termos *supra* referidos.

⁽⁵⁶¹⁾ Neste sentido, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 138.

⁽⁵⁶²⁾ Sustentando, *de iure condendo*, a solução da lei alemã no sentido da inalienabilidade dos direitos patrimoniais, v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 377-8; em sentido próximo, Rebello, *Introdução*, I, p. 138 (“o que seria lógico era a proibição, pura e simples, de alienação do direito”).

⁽⁵⁶³⁾ As chamadas transmissões transitórias configurariam uma situação de propriedade resolúvel (art. 1307.º CCiv).

⁽⁵⁶⁴⁾ Sustenta Vitorino que “a lei portuguesa permite a transmissão da coisa incorpórea” (Vitorino, *As licenças*, p. 419, 426, e n. 81, reconhecendo, aliás, ser esta posição controversa). Ora, para além da transmissão parcial (art. 43.º, v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 380-1), é permitida a transmissão total e definitiva do conteúdo patrimonial do direito de autor (art. 44.º), do qual se excluem certas pretensões remuneratórias. Ou seja, parece ser admitida a transmissão do exclusivo de exploração económica, mas já não da obra em si. Todavia, em alguns casos, fala-se da alienação da obra (v. art. 54.º, 1: “O autor que tiver alienado obra de arte original[...]”; art. 157.º, 2: “A alienação de obra de arte envolve, salvo disposição expressa em contrário, a atribuição do direito de a expor.”). Porém, distingue a obra do direito, mesmo na obra fotográfica, em que se considera fotografia o fotograma das películas cinematográficas (art. 164.º, 3), e a alienação do negativo importa, salvo convenção em contrário, a transmissão dos direitos patrimoniais (art. 166.º). Parece isto significar que, embora a obra possa ser transmitida, nos casos em que para o ser tenha que estar fixada num suporte tangível (exemplar único), tal não implica que o direito seja também transmitido. A obra enquanto objecto de direitos não se confunde com a obra enquanto exemplar circulável (art. 10.º). Aliás, a nosso ver, a obra pode ser transmitida não apenas nos casos de exemplar único mas também nos casos de múltiplos exemplares. Sem que, todavia, isso signifique a transmissão ou oneração dos direitos.

Concordamos, por isso, com o Prof. Oliveira Ascensão quando nos diz, referindo-se à obra de arte plástica, que: “Quer-nos parecer que, se o exemplar é essencial para a cria-

obra por terceiros” (art. 40.º-a).

Dentro dos actos de disposição previstos — para além da autorização de utilização da obra por terceiros, que “não implica a transmissão do direito de autor sobre ela” (art. 41.º, 1) —, admite-se que o conteúdo patrimonial do direito de autor constitua, em certos termos, objecto de transmissão ou oneração parciais (art. 43.º)⁽⁵⁶³⁾, de “transmissão total e definitiva” (art. 44.º)⁽⁵⁶⁴⁾, de usufruto (art. 45.º), de penhor (art. 46.º), de penhora e arresto (ainda que, em certos termos, de obra “inérita” ou incompleta: arts. 47.º e 50.º).

Não obstante, essa tese já depararia com certos direitos que, apesar do

ção da obra, já não o é para a sua subsistência. Mesmo que todos os exemplares da obra tenham perecido, ela ainda continua a ser tutelável pelo Direito de Autor, desde que a prova se possa fazer. Assim, um artista pode reagir contra o plágio pela apresentação de fotografias da obra original. A fotografia não é seguramente a própria obra de arte plástica. Isto demonstra que as faculdades do direito de autor que se possam exercer subsistem mesmo então”. (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 492). Concordamos com este entendimento e, aliás, não o restringimos às obras de artes aplicadas. Deve referir-se, ainda, que a obra pode ser objecto de *traditio*, o que poderá ser importante para certos efeitos. No regime da edição prevê-se, expressamente, que um dos deveres do autor é entregar o “exemplar original” da obra objecto da edição em condições de poder fazer-se a reprodução. Ora, se bem que pelo cumprimento deste dever o editor passe a ingressar no gozo da coisa — com importantes consequências de regime —, isso não significa que o editor fique “proprietário” da obra. Por estas razões, parece-nos que quando o art. 54.º, 1, fala em alienação de “obra de arte [e] manuscrito seu” deverá estar implicada a transmissão dos direitos sobre ela, o que, como vimos, não resulta necessariamente de se alienar aquela, a qual, aliás, pela sua natureza incorpórea, admite múltiplas formas de alienação.

⁽⁵⁶⁵⁾ Na opinião do Prof. Orlando de Carvalho, o direito de sequência, a que assimila o direito a compensação suplementar previsto no art. 49.º, qualificar-se-ia como uma das faculdades do direito de personalidade de autor. Apesar do seu conteúdo patrimonial de participação nas transacções sucessivas da obra, ligar-se-ia à autoria e não ao domínio, em virtude da sua natureza inalienável, irrenunciável e imprescriptível, e de pressupor a alienação do complexo dos seus direitos patrimoniais; relativamente à compensação suplementar (art. 49.º), embora não suponha a disposição completa do domínio, aplicando-se mesmo às alienações parciais ou até às cessões obrigacionais, e apesar de ser caducável, “*a ratio legis* afigura-se a mesma do art. 54.º: evitar que o autor seja excluído do grosso dos benefícios que a exploração da obra acarreta (por cessão desta, se não a preço vil, pelo menos de forma precipitada ou não cautelosa). Risco pouco verosímil entre os cessionários do direito patrimonial — pessoas ligadas ao mundo do comércio —, sendo, pois, pouco crível que a lei os quisesse proteger.” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 547).

seu carácter patrimonial, não podem ser objecto de renúncia, porque são excluídos por lei (art. 42.º, *in fine*). Trata-se do direito de sequência

Embora concordemos que a *ratio legis* é idêntica, estas pretensões remuneratórias, aos quais seriam de acrescentar, em certos termos, as referidas em texto, não se destinam a proteger a personalidade do autor, mas antes a sua situação patrimonial. Pelo que, salvo o devido respeito, não parece que devam ser consideradas como parte integrante do direito pessoal. Tratar-se-á, antes, de pretensões remuneratórias que salvaguardam a possibilidade de participação do autor na exploração económica da obra ou nas transacções sucessivas dos direitos. Pelo que, e não obstante as diferenças específicas de regime, inclinamo-nos para os integrar na categoria das pretensões remuneratórias ou “direitos de remuneração” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 317 s., escrevendo, a propósito da figura do direito de sequência, que considera prototípica da categoria dos direitos de remunerações, “Será um direito pessoal ou patrimonial? Não pode haver hesitações quanto à qualificação como direito patrimonial: autoriza o autor a sacar um provento, não vem defendê-lo em aspectos pessoais.”; neste sentido, também, Rebello, *Introdução*, p. 134).

Todavia, já sentimos algumas dificuldades em dizer que os direitos a remuneração ou compensação suplementar (arts. 14.º, 4, 49.º, 170.º) sejam “direitos independentes do direito de autor”, como se, ao lado deste, existisse uma categoria de direitos reservada ao criador intelectual e estranha ao direito de autor, quando àquele não fosse atribuída a titularidade do direito de autor (v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 329). Em coerência com o princípio de que partimos, estas pretensões remuneratórias integram o direito de autor, o qual se constitui pelo simples facto da criação da obra, sendo adquirido originariamente pelo respectivo criador. O que se passa é que, salvo melhor juízo, o conteúdo patrimonial pode ser cedido legal ou contratualmente; todavia, essa cessão não pode abranger “os poderes concedidos para a tutela dos direitos morais nem quaisquer outros excluídos por lei” (art. 42.º). Estas pretensões remuneratórias, não obstante a sua natureza patrimonial — *et pour cause* —, deverão estar, a nosso ver, incluídas no segmento final desta norma, porque a *ratio legis* é idêntica à do direito de sequência. Nessa medida, não poderão “ser objecto de transmissão nem oneração, voluntárias ou forçadas”. Outro problema é saber se, apesar de não as poder transmitir, poderá renunciar a tais direitos.

O art. 49.º, ao exigir “grave lesão patrimonial por manifesta desproporção entre os seus proventos e os lucros auferidos pelo beneficiário” da transmissão ou oneração do direito de exploração a título oneroso, parece aproximar esta compensação suplementar da figura da responsabilidade civil por facto lícito. A exploração seria lícita, todavia danosa no seu resultado, ao menos por lucros cessantes. Já diferentes são certas situações previstas nos arts. 14.º, 4, e 170.º No primeiro, o criador intelectual, ainda que não seja titular dos direitos, poderá exigir uma remuneração especial quando a criação intelectual exceda claramente o desempenho ainda que zeloso, da função ou tarefa que lhe estava confiada, mas também a poderá exigir quando da obra vierem a fazer-se utilizações ou a retirar-se vantagens não incluídas nem previstas na fixação da remuneração ajustada. Se a última parte desta segunda hipótese se aproxima do art. 49.º, já na outra assemelha-se mais ao art. 170.º, em que se dispõe que o tradutor tem direito a compensação suplementar

(art. 54.º, 3), do direito a remuneração equitativa pelo aluguer (art. 5.º, 1, Decreto-Lei n.º 332/97, 27-11) e, ainda, a nosso ver, do direito a remuneração ou compensação suplementar (art. 49.º; v., ainda, arts. 14.º, 4, e 170.º, que apesar de terem algumas semelhanças com o primeiro, dele se distinguem) e a compensação por reprodução (art. 82.º) ⁽⁵⁶⁵⁾. A irrenunciabilidade destes direitos ou pretensões remuneratórias integrantes do conteúdo patrimonial do direito de autor, bem como, assim, a circunstância de o direito de autor não poder adquirir-se mediante usucapião (art. 55.º), poderiam ser utilizadas como argumentos contrários à tese da propriedade intelectual dos direitos de autor.

Dir-se-ia, não obstante, que, mesmo na propriedade de coisas corpóreas, o conteúdo do direito de propriedade é definido em termos de o proprietário gozar “de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas” (art. 1305.º CCiv). Ou seja, as tradicionais faculdades *utendi, fruendi e abutendi* não serão ilimitadas, devendo antes ser

sempre que, nomeadamente, o editor utilizar a tradução para além dos limites convenionados ou estabelecidos neste Código. O que pressupõe, de algum modo, que os direitos continuem na esfera do criador intelectual, restando-lhe, porém, uma remuneração por essa utilização não autorizada. Ou seja, já não está em causa necessariamente participar numa vantagem patrimonial não prevista, mas antes remunerar o autor por utilização nem sequer autorizada. Na verdade, como o disse o Prof. Oliveira Ascensão, esta regra parece “conduzir-nos à figura estranha duma compensação suplementar por utilizações ilegais”. (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 467).

Todavia, diz-se que há direito a essa remuneração, mesmo que os direitos tenham sido atribuídos à pessoa para quem a obra é feita. Então já se aproxima mais do art. 49.º Poder-se-ia pretender aproximar estas figuras do instituto do enriquecimento sem causa. Porém, uma vez transferidos os direitos, por via contratual ou por força legal, como, em princípio, se parece pressupôr, já seria difícil falar em locupletamento sem causa justificativa. Contudo, o art. 170.º e, em certos termos, também o art. 14.º, 4, na medida em que se traduzam em vantagens de utilizações não autorizadas e não remuneradas, já parecem aproximar-se deste instituto, uma vez entendido que o âmbito de afectação ou destinação das utilidades das obras abrangerá “o aproveitamento económico dos bens correspondentes, expresso nas vantagens provenientes do seu uso, fruição, consumo ou alienação” (Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, I, p. 496; v., ainda, Almeida Costa, *Obrigações*, p. 396, Rui de Alarcão, *Direito das Obrigações*, p. 183-4; no direito alemão, indicando ser esta a nova orientação do BGH, abandonando a via indemnizatória, Lange, *Schadensersatz*, p. 362; v., ainda, Medicus, *Schuldrecht*, II, p. 338-9).

Não obstante, apesar da semelhança entre estas figuras, parece que se trata nestes casos

exercidas dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas, pois que, “como todos os direitos privados, os direitos de autor são também direitos limitados por razões sociais: estão sujeitos a limitações, que circunscrevem a esfera jurídica dos particulares em vista das exigências do público” (566). Depois, o facto de o direito de autor não poder adquirir-se mediante usucapião, não significaria que não pudesse constituir objecto de um direito de propriedade, mas apenas e tão só, que esta espécie de propriedade não admitiria aquela forma de aquisição. E acrescentar-se-ia: sob pena de confundirmos o direito com o seu *modus* aquisitivo (567).

O princípio da patrimonialidade do direito de autor, nos termos em que o regime jurídico positivo o consagra, parece de facto favorecer essa orientação, como veremos. Nesses termos se poderá compreender que “o direito essencial do autor é o direito à difusão ou faculdade de dar ao público a obra criada pelo mesmo autor”, sujeitando-se, depois, ao princípio da “utilização universal de material informativo”, que, revestindo a forma de “limites ao direito de autor”, preserva “o direito do público a receber e participar das criações” (568).

Ora, ainda ao nível do direito contratual geral de autor, ao contrário dos actos de disposição que implicam a transmissão ou oneração dos direitos, as autorizações de utilização ou exploração da obra por qualquer processo não implicam a transmissão do direito de autor sobre ela (art. 41.º, 1). Assim, por exemplo, enquanto na transmissão parcial o titular dos direitos abdica ou priva-se, temporariamente, do exclusivo que a sua qualidade lhe reservava em relação às faculdades ou modos de utilização que são objecto de disposição, na autorização de utilização ou exploração não há cessão dessas faculdades, ainda que seja estipulada cláusula de exclusividade (569). No primeiro caso, o

de licenças legais de utilização, restando aos autores apenas uma compensação remuneratória. Por outro lado, no sentido da aproximação da compensação suplementar ao instituto da alteração superveniente das circunstâncias (art. 437.º CCiv), v. Rebello, *Código Anotado*, p. 97 (e, sobre a problemática interpretativa suscitada pelo teor literal do preceito relativo ao direito de sequência, que não abordaremos, *Introdução*, 141-4).

(566) Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 2.

(567) Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 205, em nota (“O facto de a lei [...] excluir a aquisição das obras de engenho por usucapião [...] não significa, só por si, que o instituto da posse se exclui de todo em todo. Uma coisa é a posse, outra a usucapião, que é seu efeito defectível.”).

(568) García Sanz, *El derecho de autor de los informadores*, p. 99, 102. Sobre o direito à informação como direito de cada um se informar, sem ser impedido, a partir de fontes acessíveis a todos e sua consagração no Art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Corasaniti, *Diritto dell'informazione*, p. 9-10.

(⁵⁶⁹) Vide Rebello, *Introdução*, p. 135-9.

(⁵⁷⁰) A participação no exclusivo de exploração económica reservado ao titular dos direitos faz-se através de autorizações de utilização, por exemplo, através de licenças de edição. É isto que resulta do regime especial do contrato de edição. Entre outras regras especiais deste contrato, notem-se as seguintes: *a)* ao editor apenas é concedida autorização para reproduzir e comercializar a obra, não lhe sendo transmitidos quaisquer direitos sobre esta (v. art. 88.º, 1, e art. 41.º, 1); *b)* o autor apenas se obriga "a proporcionar ao editor os meios necessários para o cumprimento do contrato, devendo, nomeadamente, entregar, nos prazos convencionados, o original da obra objecto da edição em condições de poder fazer-se a edição" (art. 89.º, 1); *c)* o contrato deve mencionar o número de edições autorizadas, o número de exemplares de cada edição, bem como o preço de venda ao público de cada exemplar (art. 86.º, 1); *d)* salvo no caso de trespasse, não pode o editor, "sem o consentimento do autor, transferir para terceiros, a título gratuito ou oneroso, direitos seus emergentes do contrato de edição" (art. 100.º, 1). Assim, o contrato de edição configura umas das diversas modalidades de autorização de utilização de obra (a saber, uma utilização especial da obra: art. 68.º e epígrafe do cap. III; v. Romano Martinez, *Os grandes tipos*, p. 403).

Ora, interessa referir que a licença ou autorização de utilização, à semelhança do contrato de locação, não é um contrato real nem *quoad effectum*, nem *quoad constitutionem*, mas antes um contrato obrigacional consensual, conferindo ao "utilizador autorizado" um direito de crédito: o direito de exigir do autor uma determinada prestação, nomeadamente, no caso do contrato de edição, a entrega, nos prazos convencionados, do original da obra objecto da edição em condições de poder fazer-se a reprodução convencionada. Depois, com o cumprimento dessa obrigação, constituirá o autor a favor do utilizador autorizado um "direito pessoal de gozo", ou seja, o direito de gozar a obra para os fins a que se destina, a saber, no nosso exemplo, os fins da edição. Fica, assim, investido na qualidade de detentor da obra para determinados fins. Para defender esse seu direito contra actos ilícitos do autor ou de terceiros, o utilizador autorizado deve poder socorrer-se dos meios facultados ao possuidor nos arts. 1276 *et seq.* do CCiv, tal como um locatário investido no gozo da coisa (neste sentido, no direito italiano, para as licenças de patente, Magnini, *La licenza di brevetto*, p. 44, *apud* Vitorino, *As licenças*, p. 427, que, porém, sustenta tese contrária em virtude da natureza incorpórea da obra intelectual, embora pareça ser favorável, *de iure condendo*, a idêntica solução: "Este imperativo lógico deverá transformar-se num imperativo legal.").

Isto significa, por outro lado, que seguimos a interpretação proposta pelo Prof. Henrique Mesquita em face dos arts. 1037.º e 1057.º CCiv (v. Henrique Mesquita, *Obrigações Reais*, p. 137 s., n.ºs 18 s.; nas suas palavras: "Deve, pois, fazer-se uma interpretação restritiva do art. 1057.º, limitando a aplicação da regra que nele se contém aos casos em que, à data da alienação do direito do locador sobre a coisa locada, o locatário tenha iniciado já o gozo desta. De resto, na solução de um problema paralelo — o da defesa da relação locativa contra actos de terceiro —, o art. 1037.º, n.º 1, só permite que o locatário actue autonomamente (isto é, sem necessidade de intervenção do locador), quando se encontre já no uso ou fruição da coisa locada" — p. 141, em nota). A nosso ver, tem lugar no direito de autor a figura dos "direitos pessoais de gozo", que a

nossa lei acolhe (v., por ex., arts. 407.º e 1682.º-A, 1-a, CCiv; na doutrina, Oliveira Ascensão, *Reais*, p. 617-8). Trata-se de direitos que, como escreve o Prof. Henrique Mesquita, “atribuem também o poder de agir directa e autonomamente sobre uma coisa, possibilitando uma actuação jurídica em tudo idêntica à que ocorre nos direitos reais (ou em certos direitos reais)” [Henrique Mesquita, *Obrigações Reais*, n. 17; referindo que a demonstração de que existem fora do campo da realidade direitos que conferem um poder directo e imediato sobre uma coisa deve-se a Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milão 1940, e acrescentando que: “A investigação de Giorgianni teve o mérito de esclarecer que nos chamados direitos pessoais de gozo há algo que não é explicável no plano das relações creditórias (ou de cooperação), uma vez que o interesse do titular não obtém satisfação mediante uma prestação de terceiro, mas sim através de actos de gozo que ele pratica directa e autonomamente sobre a *res*.” — v., ainda, entre nós, sustentando o direito pessoal de gozo como *tertium genus* entre os direitos de crédito e os direitos reais, J. Andrade Mesquita, *Direitos pessoais de gozo*, p. 191 s., e *passim*].

Por outro lado, sustenta Vitorino que, não sendo a obra passível de posse, e não estando o autor obrigado a assegurar o editor “contra embaraços e turbações provocados por mero facto de terceiro” (art. 89.º, 4), tal direito, não tendo sido concedido em exclusividade, “goza de oponibilidade fraca” (Vitorino, *As licenças*, p. 429, p. 428: “a obra intelectual não é susceptível de posse”, embora o A. considere que a obra pode ser objecto de direitos reais, Vitorino, *A eficácia*, p. 168: “as transmissões e onerações têm eficácia absoluta porque constituem direitos *reais* sobre uma coisa incorpórea”). Todavia, sentimos algumas dificuldades em seguir este entendimento. Parece-nos, desde logo, que a oponibilidade de um direito exclusivo não se confunde com a cláusula de exclusividade. Em termos gerais, a oponibilidade de um direito, ainda que de crédito, é um atributo ou efeito legal: é a chamada eficácia *erga omnes* de um direito, que a lei pode fazer depender de um modo, como o registo do acto aquisitivo ou o ingresso na posse ou detenção da coisa. Por seu turno, a exclusividade é uma obrigação resultante de estipulação contratual que não produz, enquanto tal, efeitos senão *inter partes*.

Acresce ser duvidoso que a obra não possa constituir objecto de posse. Segundo o Prof. Orlando de Carvalho, posse é o exercício de poderes de facto sobre uma coisa em termos de um direito real (*animus possidendi*), enquanto a detenção é o exercício de poderes de facto sobre uma coisa com mero *animus detinendi*, seja por título jurídico (nomeadamente, em termos de um direito de crédito), por acto facultativo ou por mera tolerância. O que sucede é que, em certos casos (as excepções objectivas ao sistema subjectivo da posse: CCiv art. 1037.º, 2 — locatário; art. 1133.º, 2 — comodatário; art. 1125.º, 2 — parceiro pensador; art. 1188.º, 2 — depositário), a lei estende os meios de tutela possessória ao detentor para lhe garantir *erga omnes* o exercício dos seus poderes de facto sobre a coisa em que o seu direito pessoal de gozo se traduz (v. Orlando de Carvalho, RLJ, Ano 122, p. 65 s., p. 104 s.; porém, no sentido da concepção objectivista, v. Oliveira Ascensão, *Reais*, p. 86 s.).

O problema consiste, então, em apurar a aceitabilidade da aplicação dos critérios prescritos para a locação no domínio do contrato de edição, *maxime*, quando o beneficiário da licença de utilização tiver sido investido no gozo da coisa para fins de edição. Ora, não

se afigura como aceitável sustentar que, pelo facto de o autor não se encontrar obrigado a assegurar ao editor o exercício dos direitos do contrato de edição "contra embaraços e turbacões provocados por mero facto de terceiro" (art. 89.º, 4, CDADC; de igual modo para o contrato de locação, art. 1037.º, 1, *in fine*, CCiv), não pode o editor defender o seu gozo pessoal, não sendo o seu direito "oponível fora da relação contratual" (Vitorino, *As licenças*, p. 429). Note-se: esta regra especial não contraria o critério geral prescrito para a locação, encontrando mesmo correspondente na parte final do art. 1037.º, 1, do CCiv: o locador não se encontra obrigado a assegurar o gozo da coisa contra actos de terceiros, tratando-se de "simples agressões de facto" (v. Henrique Mesquita, *Obrigações Reais*, p. 157 s: "Se se trata de uma simples *agressão de facto*, isto é, de uma agressão que o seu autor não fundamenta em qualquer direito, só ao locatário compete tomar as medidas de defesa que ao caso forem aplicáveis" — p. 159). O contrato de edição tem um regime especial, mas, em nosso entender, pode ser subsidiariamente regulado pelas regras da locação, pois que a este corresponde em notas características essenciais. E, podemos mesmo dizer, que, para efeitos de regulamentação geral pelo Código Civil, a relação jurídico-negocial de edição poderá ser assimilada ao contrato de locação de coisa incorpórea. Em termos semelhantes, num domínio próximo, sustentando a tipicidade da licença de patente como contrato de locação, Osório de Castro, *Nulidade da patente e licença*, p. 84 s.

Assim, poderá regular-se, na ausência de regra especial contrária prevista na lei autoral, pelos critérios prescritos no Código Civil para a locação. O que vale por dizer, que o direito do editor não goza de "oponibilidade fraca", mas antes de "eficácia absoluta" (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 444). Primeiro, antes de ingressar na utilização da obra para fins de edição, tal como um locatário, tem o editor o direito de exigir do autor a entrega, nos prazos convencionados, do original da obra objecto da edição em condições de poder fazer-se a reprodução (art. 89.º, 1, CDADC; art. 1031.º-a, CCiv). Segundo, com a entrega do original por parte do autor, o editor ingressa na detenção da obra, passando, tal como um locatário, a exercer um direito pessoal de gozo oponível *erga omnes*, resultante, por um lado, da regra imperativa *emptio non tollit locatum* (art. 1057.º CCiv: traduzida na oponibilidade da edição ao transmissário ou cessionário — aquisição derivada — dos direitos patrimoniais de autor), e, por outro lado, da extensão objectiva dos meios de defesa da posse (art. 1037.º, 2, CCiv: traduzida na oponibilidade a todas acções de facto e/ou de direito que impeçam ou perturbem o gozo da obra para os fins de edição no quadro da respectiva licença).

Pondo de parte o problema da natureza jurídica da locação, *maxime* após ingresso no gozo da coisa (sobre as diversas teses em confronto, v. Henrique Mesquita, *Obrigações Reais*, p. 157 s., e, RLJ Ano 125, p. 100-1, n. 1), sempre seremos confrontados, porém, com o problema de saber se a obra pode ser objecto de posse, de modo a que, em concreto, se justifique a equiparação do editor ao locatário investido no gozo da coisa e, nessa medida, a aplicação dos meios de defesa da posse. Pois que, ainda que, em abstracto, se admita a qualificação da edição como locação de coisa incorpórea, mesmo assim será necessário justificar, em concreto, a aplicação daquelas regras. O legislador consagrou o "conceito de *res* da doutrina pandectística" (Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 192) para definir o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil. Dispôs que "só as coisas corpóreas, móveis e imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade

regulado" no Código Civil (art. 1302.º CCiv), embora tenha admitido a aplicação das "disposições deste código" quando se harmonizem com a natureza dos, e não contrariem o regime especialmente estabelecido para os, direitos relativos às coisas incorpóreas a que chamou "propriedade intelectual" (art. 1303.º CCiv).

Pergunta-se: após a entrega do original deterá o editor a obra em termos de ser equiparável a um possuidor em sentido amplo, para beneficiar dos meios de tutela da posse como se de um locatário investido no gozo da coisa se tratasse? Primeiro, nada parece obstar a que se considere ser o editor, tal como o locatário ou o comodatário investidos no gozo da coisa, titular de um direito pessoal de gozo relativamente à obra para fins de edição. O problema é saber se a natureza da coisa que detém pode ser objecto de poderes de facto em termos de um direito real (*animus possidendi*). Com efeito, é isso que parece justificar a extensão dos meios de tutela possessória a determinados detentores. Se a natureza da coisa não admitir ser objecto de exercício de poderes de facto em termos semelhantes aos de um direito real, então não fará sentido estender em tais casos os meios de tutela possessória.

Ora, este problema gera divergências na doutrina. Sumariamente, os Profs. Pires de Lima e Antunes Varela sustentam que a obra pode ser objecto de direitos reais mas não pode ser objecto de posse (Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 2, 76, justificando, por isso, que o direito de autor não admite usucapião). O Prof. Orlando de Carvalho defende que a obra pode ser objecto de *iura in re* e também de posse (Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 205 s., n. 4, e, RLJ, Ano 122, p. 107). O Prof. Oliveira Ascensão entende que a obra não pode ser objecto nem de direitos reais nem de posse (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 164, 674, 685-6, e, *Reais*, p. 39, 65, 71: nesta perspectiva, o direito de autor não revestiria natureza jurídico-real por não recair sobre a obra; porém, a obra não poderia ser objecto de posse, não por não poder ser objecto de direitos reais, pois que a posse a estes não seria restrita, mas "desde logo por natureza", ou seja, porque, se bem andamos, sobre a obra não poderiam ser exercidos poderes de facto em termos de apropriação física; v., ainda, Rebello, *Introdução*, p. 147, sustentando que "o direito de autor, e a obra literária e artística que dele é objecto, não são susceptíveis de posse", embora utilize, por vezes — p. 150 — a expressão "propriedade literária e artística").

Quid iuris?

Sem pretendermos dar uma resposta final e definitiva ao problema, sempre diremos que, salvo o devido respeito pelas posições contrárias, poderá haver posse sobre a obra e que esta é objecto de um direito de propriedade. O direito de autor será uma forma de propriedade intelectual, a qual constitui um direito de propriedade especial. O objecto do direito de autor é a obra e, tal como nos direitos reais, o direito de autor recairá sobre a obra; a obra literária ou artística será susceptível de apropriação exclusiva, podendo portanto originar um direito de propriedade intelectual; uma vez divulgada poderá continuar submetida ao domínio exclusivo de um só (v., em contrário, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 673-4). Porém, esse domínio será exercido dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas. É a chamada "função social" da propriedade. No direito de autor essa função impõe limites vários à área de reserva exclusiva que o direito de autor atribui. Limites esses que atendem à natureza da obra intelectual que "não é evidentemente [apenas] um bem de produção"; porém, a "obra em si" não

“pertence a todos”, seja “por natureza”, seja por qualquer tolerância do titular dos direitos; e, salvo o devido respeito, não nos inclinamos para o entendimento de que “todos desfrutam directamente dos bens, e o seu gozo está subtraído à alçada do titular do direito de autor [que] não pode proibir o desfrute intelectual da sua obra por parte de outrem” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 675-6). Não seguimos esse argumento, porque admite o contra-argumento: o direito de autor constitui-se unitariamente com o simples facto da criação, não dependendo de divulgação; e é justamente por existir já que o direito de autor atribuí ao criador uma área de reserva exclusiva oponível *erga omnes* sobre a obra: o direito ao inédito e a faculdade de escolher livremente os processos e as condições de utilização e exploração da obra (art. 68.º, 4). Isto é, o direito de autor confere-lhe o poder de negar a todos o desfrute intelectual da obra que criou, reservando-o para si próprio, não precisando sequer de “tapar as vistas”. E pode fazê-lo mesmo que tenha transmitido contratualmente os seus direitos patrimoniais disponíveis, uma vez que não lhe será exigível a entrega da obra: não há aqui lugar à execução específica, o que é reiterado por não haver, em princípio, penhora ou arresto de obra inédita *qua tale* (art. 50.º).

Além disso, o autor pode definir o círculo de pessoas a quem proporciona o desfrute da obra, bem como o modo desse desfrute. Claro que não pode impedir que essas pessoas divulguem a terceiros o conteúdo ideativo-funcional da obra. Mas este conteúdo ideativo-funcional está para além do direito de autor, que apenas protege a forma original de expressão comunicativa literária ou artística. Aquele conteúdo ideativo-funcional é inapropriável pela via do direito de autor, embora certos métodos operacionais ou processos funcionais imbuídos na obra já possam beneficiar de outras formas de tutela. As ideias são inapropriáveis. Mas as obras literárias e artísticas não são ideias. O desfrute intelectual relevante em face do direito de autor só poderá ser o que respeita ao objecto protegido. Porém, a divulgação da obra, ainda que a um círculo restrito de pessoas, a menos que feita, gratuitamente, em privado num meio familiar, já implicará a sua entrada na esfera pública e, por isso, a sua sujeição às regras da utilização livre, por ex., para fins de informação. Na verdade, parece-nos que as formas de utilização livre previstas na lei só poderão funcionar se a obra já tiver entrado na esfera pública, ainda que não pela via da comercialização. Isto vale, em última análise, para a licença legal que permite a reprodução em exemplar único para fins de interesses exclusivamente científicos ou humanitários de obras ainda não disponíveis no comércio ou de obtenção impossível pelo tempo necessário à sua utilização (art. 81.º, 1). Para se saber se a obra tem interesse científico ou humanitário é necessário que ela tenha saído da esfera privada do seu autor. Porém, parece-nos que a função social do direito de autor poderá justificar que, se o autor tiver facultado o acesso gratuito a um círculo restrito de pessoas, num meio familiar, apesar de a obra não ter saído da sua esfera privada, esta licença legal já poderá ser aplicável; se bem que, para que a obra possa ser reproduzida, necessário se torna que tenha sido previamente fixada, o que poderá corresponder à sua exteriorização.

Todavia, existe ainda uma esfera privada da qual o autor não pode ser obrigado a tirar a obra, seja para que fins forem. O autor tem direito ao segredo e à utilização reservada da obra: “Com a criação, surge o direito de autor. E o autor tem o direito pessoal de dar a conhecer ou não a sua obra. É uma derivação básica da tutela da personalidade. Ninguém é obrigado a tornar público os versos que escreveu quando estava com febre.

Ainda que sejam geniais. Nem necessita de se justificar: está no seu inteiro alvedrio publicar ou não, ou divulgar de qualquer forma.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 170). Assim, o direito de autor atribui a faculdade de manter a obra na esfera privada íntima, não a sujeitando às exigências da “publicidade”. Fora daquele caso, se o autor abdicar dessa área de reserva exclusiva — quer tornando-a acessível ao público, seja por divulgação, seja por publicação, gratuita ou onerosa, quer, ainda que não a torne acessível ao público, divulgando-a onerosamente em privado num meio familiar —, se abdicar dessa área de reserva exclusiva, dizíamos, ficará já sujeito às exigências da função social que o direito de autor desempenha, em contrapartida pela concessão de um direito “exclusivo temporário de exploração económica”. Sendo que a obra não é, por sua natureza, insusceptível de apropriação individual. Vale isto por dizer que a obra estará fora do comércio, não por não poder ser objecto de direitos privados, mas antes pelo contrário, porque o é e assim o determina o respectivo autor. Aliás, parece que, se a obra fosse insusceptível de apropriação individual, não poderia ser objecto de direitos privados, estando, por isso irremediavelmente, fora do comércio. Poderia, eventualmente, ser objecto de relações jurídicas. Mas, então, o negócio que a tivesse por objecto não seria nulo por contrariedade à lei, senão mesmo à ordem pública? Na verdade, o fim da relação de edição, por ex., não será comum a ambas as partes (arts. 280.º, 1, e 281.º CCiv)? E não estaria tal conclusão em manifesta contradição com o regime do direito de autor? Parece assim que a obra não é insusceptível de apropriação, a qual se faz por via do direito de autor.

Dir-se-á, pois, que a obra pode ser objecto de direitos reais. Não dos direitos reais previstos e regulados no Código Civil, que apenas admitem por objecto coisas corpóreas, mas antes dos direitos reais previstos na respectiva legislação especial: o direito de autor. Todavia, este resultado carece de desenvolvimentos posteriores. A pergunta é: poderá a obra ser objecto de poderes de facto? A resposta a esta questão afigura-se, afinal, decisiva, quer para o problema da natureza jurídica do direito de autor, quer para a questão de saber se a obra pode ser objecto de posse. Admitirá a obra, por sua natureza, o exercício de poderes de facto sobre ela? Não está, portanto, em questão saber se o autor pode excluir terceiros da utilização da obra, mas antes se ele próprio pode exercer poderes de facto sobre a obra de modo directo e imediato, como caracteriza os direitos reais. Ora, numa perspectiva física, a obra, como ente intangível do mundo externo à pessoa “permanece sempre intocada” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 681, v. p. 684, n. 4). Todavia, não é menos verdade que, numa perspectiva intelectual, a obra não permanece sempre intocada em razão das utilizações que dela são feitas. Por isso há, por ex., o chamado direito à genuidade e integridade da obra, o qual poderá ser afectado mesmo que a obra não tenha sido modificada na sua forma literal de expressão e até na sua composição sequencial. Basta para o efeito que a obra seja integrada num contexto que desvirtue o seu sentido, em termos que possam afectar a honra e a reputação do autor: “Pense-se numa obra de filosofia moral que se insere numa colecção de obras satíricas, ou num romance ou novela de costumes que se insere numa colecção de obras eróticas ou pornográficas. A obra não sofreu qualquer alteração e, todavia, é desvirtuada no seu sentido objectivo.” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 546).

Note-se, porém, que para o Prof. Orlando de Carvalho não é requisito de violação do direito à genuidade da obra, ou como lhe chama, direito à dignidade da obra, que

esses actos afectem a honra e a reputação do autor, bastando que seja atingido o sentido objectivo da obra. Nas suas palavras: “Frequentemente, esta desvirtuação implica uma violação da projecção moral do autor da obra — uma violação do seu direito à honra; mas não tem de implicar e, ainda que implique, trata-se de um cúmulo de infracções, com consequências juridicamente distintas.” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 546). Porém, sentimos algumas dificuldades em acompanhar este raciocínio. Ou bem que a honra e a reputação do autor podem ser afectados por actos que desvirtuem a sua dignidade, ou bem que o não podem. Se não puderem não haverá violação deste direito pessoal. Na verdade, é ao autor que cabe dizer se esses actos podem afectar a sua honra e reputação, ou não. Não basta, portanto, uma valoração do desvirtuamento do sentido objectivo da obra. Tanto mais que, por ex., não há qualquer ilícito quando a modificação da obra é consentida pelo autor (art. 15.º, 2). Aliás, em certas situações, poderá haver modificação sem que seja exigido consentimento, quando não desvirtue o sentido da obra, como é o caso das meras adaptações. Concordamos, por isso, que o “autor não poderá pois invocar o direito à integridade da obra em casos em que não estiver em causa a sua reputação ou honra” e que, em princípio, “são sempre admissíveis as adaptações impostas pelas necessidades do meio de utilização da obra em que o autor consentiu” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 181, 183). A esta última consideração poder-se-ia, opôr, todavia, o disposto no art. 59.º, 1, nos termos do qual não são admitidas modificações da obra sem o consentimento do autor, mesmo naqueles casos em que, sem esse consentimento, a utilização da obra seja lícita. E, com efeito, a lei parece valorar a modificação da obra como um acto capaz de produzir o desvirtuamento do sentido da obra, e nessa medida como um potencial ilícito face ao direito pessoal. Acresce que, quando a lei permite a modificação da obra, ou dá possibilidade ao autor de a consentir, valorando o seu silêncio como consentimento (art. 59.º, 2 e 3), ou pressupõe a morte do autor (art. 95.º, 1), ou fá-lo para assegurar o respeito pela obra original traduzida (art. 172.º, 3).

Todavia, a lei admite que as modificações podem não causar o desvirtuamento do sentido da obra original no caso da tradução e outras transformações, admitindo-as nessa medida (art. 169.º, 3 e 4). Ora, as adaptações são uma forma de transformação da obra, pelo que as modificações implicadas não estarão sujeitas a consentimento especial do autor, em harmonia com o princípio vazado no art. 169.º, 4. Por isso só parcialmente seguimos o entendimento de “que qualquer alteração desse *corpus* ideal não é possível sem a vontade do autor (art. 59.º) e, por outro lado (aspecto positivo dessa faculdade [de integridade ou “intangibilidade” da obra]), o autor tem o direito de rever e refundir esse conjunto de signos e de estabelecer que só a obra refundida ou revista é que é ulteriormente publicável (a divulgação *ne varietur* do art. 58.º).” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 546). E só parcialmente porque, como vimos, em certos termos a lei admite as modificações necessárias à obra sem que seja necessário consentimento do autor. Poderemos concluir, assim, que, “se a obra não for prejudicada e a personalidade não for afectada já as modificações [...] estão fora do âmbito deste direito. O direito de modificação tem uma base ética.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 190). Esta conclusão, porém, relacionada com o que se diz em matéria de inédito, torna algo problemático o princípio de que “os direitos pessoais não são direitos de personalidade. Embora mantenham uma ligação, ao menos genética, aos direitos de personalidade,

afastam-se destes no seu âmbito de tutela e no seu regime. Por isso, são admitidos negócios sobre direitos pessoais que não seriam admitidos sobre os direitos de personalidade.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 167). O ponto é problemático, uma vez, para que tais actos violem o direito pessoal é necessário que possam afectar a honra e a reputação do autor, ou seja, como se diz, a sua personalidade. Não significará isto que o direito pessoal de autor consagra uma forma de tutela especial da personalidade?

O Prof. Oliveira Ascensão diz-nos que: “Deixamos porém aos cultores do Direito da Personalidade verificar se, e em que termos, se faz a integração desta matéria naquele ramo do direito. [...] não procuraremos porém resolver até ao fim a problemática do direito pessoal.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 669, 685). Sem a pretendermos resolver também, sempre diremos que a lei parece consagrar uma forma especial de protecção de personalidade, protegendo o autor contra actos praticados sobre a sua obra que possam afectar a sua honra e reputação. O Prof. Orlando de Carvalho é um adepto convicto da tese do direito de personalidade. Porém, não exige, como vimos, tal requisito para a violação do direito moral. Mas então onde está a personalidade que é ilicitamente afectada? Na obra? Sentimos algumas dificuldades em sustentar que a obra tenha personalidade. A obra deve ter a “marca pessoal” do autor, a sua impressão digital: deve ser fruto de uma personalidade criadora. Mas não basta que tais actos desvirtuem o sentido objectivo da obra para que a personalidade do autor seja afectada. Esse é apenas um dos requisitos, que aliás admite prova em contrário, uma vez que nem todas as modificações desvirtuam necessariamente o sentido objectivo da obra. Não obstante, para além disso, necessário se torna também que tais actos afectem a honra e a reputação do autor. Só assim haverá violação do direito de personalidade do autor. Sustenta-se que esse é o “direito à criação pessoal” (Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 208, em nota). Mas, respeitosamente, esse direito é inato, não se confundindo com a protecção que a lei concede aos frutos do seu exercício. A protecção da personalidade do autor pressupõe o direito à criação pessoal, mas distingue-se dele. Por isso se exige que tais actos possam afectar a honra e a reputação do autor. Não é o direito a criar que está em causa, mas o direito a ser protegido por aquilo que se criou. Em causa estão, afinal, valores tradicionais da personalidade, o mesmo sucedendo noutras faculdades do direito moral (*maxime*, inédito e retirada, paternidade).

Problema diferente, embora directamente relacionado, e que por isso não poderemos deixar de referir aqui, é sustentar-se que existiria um direito à modificação da obra que seria de natureza patrimonial e transmissível. Nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão: “Se a obra, originariamente, for atribuída a pessoa diferente do criador intelectual, também este tem o poder de impor modificações na obra e utilizar ou explorar a obra assim modificada. / Esta faculdade não tem então nada de pessoal. Não tutela momentos éticos do titular, seja ele pessoa singular ou colectiva. Está ligado ao mero aproveitamento económico da obra. Como tal, integra-se nos direitos patrimoniais e não no direito pessoal. [...] Temos assim que o autor, não só pode modificar ele próprio a obra [...] como pode autorizar terceiros a modificá-la para o exercício dos direitos de utilização que conceda. A integridade não é assim imposta ao autor. [...] Se o direito de modificar a obra fosse um direito pessoal, surgiriam dificuldades na explicação da atribuição a terceiros de uma faculdade inalienável. / Mas nem o direito de modificar, assim entendido, nem o direito

de autorizar modificações são pessoais. [...] Com isto desaparecem todos os problemas de regime jurídico, pois o direito de autorizar modificações ajusta-se perfeitamente ao regime que para os direitos patrimoniais traça a lei.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 189-91). Só parcialmente seguimos esta doutrina. Na medida em que se trate de um direito de modificação que permita meras adaptações, não nos parece indefensável a sua natureza patrimonial e transferível. Todavia, se se tratar de modificações que desvirtuem o sentido objectivo da obra, temos dúvidas de que o autor possa fazer mais do que consenti-las. Trata-se, salvo melhor juízo, de actos que a lei valora como causa adequada à violação do direito pessoal de autor, e que nessa medida, a este reserva, em exclusivo, fazer ou autorizar. Em alguns casos, a lei permite-o. Porém, sempre com condições: a morte do autor, o respeito pelo sentido da obra traduzida, a possibilidade de o autor consentir, ainda que pelo silêncio. As modificações que, de um modo geral, são admitidas, são aquelas que se traduzem em meras adaptações (tradução ou transformação).

Em causa está uma faculdade económica da maior importância, é verdade. Trata-se, de um modo geral, da faculdade de adaptação, tradução, transformação, enfim das diversas formas do chamado direito à obra derivada. Esta é uma nova obra, um novo objecto de direitos. Coaduna-se mal com a lógica do sistema que a criação desta obra possa ser feita em termos que impliquem modificações que desvirtuem o sentido objectivo da obra “original” e afectem a honra e reputação do autor. Por ex., pense-se na criação de uma obra musical de gosto duvidoso que se apresenta como derivada de uma consagrada composição musical, tendo sido criada com autorização do titular dos direitos patrimoniais a esta relativos. Há aqui uma modificação da obra “original”, porque o seu sentido é desvirtuado, em termos que podem afectar a honra e reputação do autor. Claro que este poderá consenti-la. Mas, poderá alienar o direito de fazer ou autorizar tal modificação? Não será isso uma forma de renúncia ao seu direito moral?

Estamos, é certo, perante uma zona cinzenta, em que só caso a caso se poderá distinguir o que são modificações que desvirtuam o sentido da obra e as que constituem meras adaptações. Estas integram o conteúdo patrimonial disponível do direito de autor. Aquelas, salvo melhor entendimento, já não apenas. Esta é mais uma prova da natureza mista do direito de autor. E é, também, uma marca de contraste entre a concepção de *droit d'auteur* e o modelo de *copyright*, mesmo que a este último já não seja estranha a figura dos *moral rights*. É verdade que a fronteira tende a esbater-se, quer pela plasticidade ou faculdade de metamorfose que a digitalização e a interactividade imprimem às obras, quer porque a Convenção de Berna não parece impor a inalienabilidade e irrenunciabilidade do direito moral. De todo o modo, inclinamo-nos para o entendimento segundo o qual, de *lege data*, o autor pode alienar a faculdade de transformação da obra abrangendo as necessárias modificações, conquanto que não desvirtuem o seu sentido e não afectem a sua honra e reputação. Não está excluída a possibilidade de acordar que modificações afectarão, ou não, a sua honra e reputação, ainda que atinjam o sentido objectivo da obra. Na óptica do regime jurídico, este requisito é instrumental em relação ao valor da personalidade que se quer proteger. Ademais, a lei acautela os interesses morais do autor através de outras regras, em especial o direito de retirada.

Refira-se, apenas, para terminar este ponto, que, de acordo com alguma jurisprudência, a alteração da obra seria constitutiva de um duplo ilícito, um por violação do direito

moral, outro por tal significar uma forma de utilização patrimonial da obra não autorizada (v. Ac. Rel. Lisboa, 9-6-94, CJ, XIX, III, p. 112: “A alteração não autorizada de obra alheia viola simultaneamente um interesse moral, consistente na preservação da criação original do autor, e um direito patrimonial à contrapartida pela autorização respectiva, sendo duas as parcelas indemnizatórias.”). Em harmonia com o que dissemos, para que haja violação do direito pessoal é necessário provar que a alteração da obra constitui, em concreto, um acto que desvirtue o sentido da obra e possa afectar a honra e reputação do autor.

Ora, não obstante esta longa excursão pelo direito moral — *et pour cause* —, pergunta-se: foram exercidos poderes de facto sobre a obra nesta situação? Numa perspectiva física, dir-se-á que não. E, todavia, como explicar a violação do direito de autor na sua vertente pessoal? As mesmas considerações valerão, *mutatis mutandis*, para os casos em que a obra é objecto de comunicação pública. Por ex., numa perspectiva física, a obra permanece intocada apesar de ser objecto de emissão de radiodifusão. E, todavia, não foram exercidos poderes de facto sobre a obra? Uma outra questão: o autor autorizou a publicação de uma música e foram distribuídos através de venda milhares de exemplares; pode o autor exercer poderes de facto, directos e imediatos, sobre a obra reproduzida nos exemplares? Vejamos. Dentro dos limites da lei, pode impedir a reprodução, a comunicação pública e certas formas de distribuição, em especial o aluguer. Pode fazer ou autorizar uma nova edição da obra, incluindo alterações. Pode fazer ou autorizar formas de comunicação ao público da obra. Pode fazê-lo directamente sem necessidade de mediação de terceiros. Já não pode impedir a utilização privada e gratuita da obra reproduzida nos exemplares. Mas, por e para isso mesmo é que os distribuiu. Agora o que temos são duas situações distintas: o adquirente do exemplar exerce poderes de facto sobre a obra reproduzida nessa cópia em termos de um direito de gozo. Ele pode utilizar a obra, por intermédio do exemplar distribuído, porque o autor autorizou essa forma de utilização. Como qualificar este direito de gozo? Será possível a analogia com os títulos ao portador? O art. 141.º, 4, dispõe que a compra de um fonograma ou videograma não atribui o direito de os utilizar para quaisquer fins de execução ou transmissão públicas, reprodução, revenda ou aluguer com fins comerciais. Por outras palavras, o comprador desse exemplar não poderá utilizar publicamente ou explorar comercialmente a obra nele reproduzida. Pondo de parte, por agora, a questão do esgotamento do direito de distribuição, bem como as faculdades de aluguer e comodato, sempre poderá, ao que parece, alienar a cópia e transferir o seu direito de utilização, sem autorização do titular dos direitos. Ou seja, tratar-se-á de um direito disponível de utilização primária. Já assim não será se tiver apenas alugado o exemplar da obra reproduzida. Nesse caso, o seu direito de utilização terá sido concedido por um determinado período de tempo.

Em comparação com a situação do utilizador final, os distribuidores (em sentido amplo, abrangendo, por ex., os editores e os produtores) não apenas podem aproveitar as utilidades primárias da obra (o “desfrute intelectual”), mas ainda são autorizados a explorar outras utilidades da obra (*maxime*, a reprodução e a distribuição). Os poderes de facto que os distribuidores exercem sobre a obra distinguem-se dos poderes de facto dos utilizadores finais, em razão de distintos âmbitos funcionais de autorização, contratual e/ou legal. Aliás, ao mesmo tempo, outros sujeitos podem exercer poderes de facto sobre a obra. O criador conserva as prerrogativas pessoais do direito de autor sobre a obra,

podendo, a todo o tempo, por ex., reivindicar a paternidade da obra e exigir a sua identificação como tal, consentir ou impedir a sua modificação ou fazê-la ele próprio, e, em certos termos, retirá-la de circulação e fazer cessar a respectiva utilização, quaisquer que sejam as modalidades desta. Goza, ainda, de certas faculdades patrimoniais irrenunciáveis, que consistem em determinadas pretensões remuneratórias (veja-se, em especial, o direito a compensação suplementar, o direito de sequência, e o direito a remuneração equitativa pelo aluguer, o direito a compensação devida pela reprodução ou gravação das obras). Por outro lado, o cessionário, legal ou patrimonial, do conteúdo patrimonial (transferível) do direito de autor exerce, também, poderes de facto sobre a obra nos termos dos direitos adquiridos. Ou seja, ao invés de não admitir ser objecto de exercício de poderes de facto, a obra é, pelo contrário, objecto de múltiplos e diversos poderes de facto: os poderes pessoais do autor, os poderes dos transmissários dos direitos patrimoniais (e até dos beneficiários de onerações reais, como os usufrutuários), os poderes dos licenciados, sejam distribuidores em sentido amplo (por ex., editores, produtores), sejam utilizadores finais. Aliás, situação semelhante sucede em relação às coisas corpóreas: por ex., podem ser objecto de poderes de facto em termos de propriedade e, ao mesmo, tempo, em termos de direitos reais (por ex., usufruto) e pessoais (por ex., locação ou comodato) de gozo. Todos estes poderes são concedidos nos termos e dentro dos limites da lei, por referência à natureza da coisa. Vale isto por dizer, em suma, com o Prof. Orlando de Carvalho, que “poder empírico não é necessariamente poder físico” (Orlando de Carvalho, RLJ, Ano 122, p. 107).

Por ser coisa incorpórea, os poderes de facto sobre a obra não são poderes físicos, como sucede em relação às coisas corpóreas. Dir-se-ia, todavia, que no domínio da publicação da obra sempre a sua utilização seria vinculada a exemplares materiais. Isto é, os poderes de facto sobre a obra confundir-se-iam com os poderes de facto sobre os exemplares. Mas isto será negar a natureza incorpórea da coisa. A obra admite, com efeito, formas de utilização mais problemáticas, e todavia mais consentâneas com a sua natureza incorpórea, evidenciando-a. Pense-se nas diversas formas de comunicação ao público (*v. g.*, representação em espectáculo, emissão de radiodifusão, exibição em sala de cinema). A obra pode ser utilizada por diversas pessoas, independentemente de exemplares materiais. Assim, no caso da emissão de radiodifusão, a empresa poderá utilizar a obra através desta forma de comunicação ao público nos termos autorizados. O exercício de poderes de facto sobre a obra corresponderá à realização dessa operação, segundo o fim a que se destina a autorização. Todavia, deverá reconhecer-se que existem, ainda, outras formas de utilização da obra. Para além de outros intermediários possíveis (por ex., uma empresa de retransmissão por cabo), não podemos esquecer que a obra também é utilizada pelos destinatários da emissão de radiodifusão. Na verdade, são eles os beneficiários das utilidades primárias da obra: o seu “desfrute intelectual” ou, se quisermos, o seu gozo intelectual.

Será este gozo intelectual irrelevante em face do direito de autor? E, acrescente-se, traduzir-se-á este gozo intelectual no exercício de poderes de facto sobre a obra? Numa primeira abordagem, poder-se-á dizer que esses poderes são exercidos, consoante os casos, por mera tolerância (por ex., um teatro de rua), por acto facultativo (por ex., a radiodifusão sem assinatura) ou, até, por título jurídico, legal (por ex., direito de “visualização” para fins de informação) ou contratual (por ex., vídeo a pedido). Neste último caso, por ex., o

espectador que adquiriu um título de acesso à “visualização” de uma obra cinematográfica em exibição numa sala de cinema será titular de um direito de gozo relativo à obra? Independentemente de esse título ser “pessoal e intransmissível”, ou antes ao portador, sempre se levantarão alguns obstáculos à resposta afirmativa. Com efeito, ao contrário de um utilizador final que comprou ou alugou uma cópia material da obra, nestes casos a investida no gozo da coisa dependerá da prestação de um serviço de terceiro. Isto é, se naquele caso o gozo da coisa depende de uma prestação que se traduz na entrega (num *dare*) do exemplar da obra, neste caso estamos perante uma prestação continuada (*facere*). O tele-espectador, o cinéfilo, o espectador de um espectáculo, o cibernauta da rede (por ex., no vídeo a pedido), em todos estes casos o gozo da obra parece carecer de mediação de terceiros, não se procedendo senão indirectamente. O acesso à obra será, então, mediado pela prestação de um serviço. Todavia, estes serviços são instrumentais em relação ao gozo que se pretende obter da obra (v., em termos próximos, relativamente à encomenda de *software*, destacando que o objecto do contrato não é o serviço, mas o próprio programa: Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 356). O prestador destes serviços não assume uma obrigação de meios, mas antes uma obrigação de resultado: proporcionar ao público o gozo intelectual daquela obra. Claro que não pode garantir ao público a satisfação intelectual pelo gozo da obra. Até porque isso é irrelevante numa óptica de direito de autor: o mérito da obra não é valorado em termos qualitativos ou estéticos, mas antes em “trazer algo que não é banal”. Assim, por ex., no pagamento por sessão não está em causa apenas o serviço de emissão de radiodifusão, mas sim o gozo que proporciona de determinadas obras. Na prestação desse serviço há custos de utilização de obras protegidas que são amortizados pela remuneração prestada pelo utente. No ambiente digital em rede, o titular dos direitos tanto se pode fazer pagar a *forfait*, em bloco, pela entidade que presta esses serviços, como por cada utilização individual que o cliente faça, o qual poderá ter que pagar, ainda, o serviço de acesso prestado por terceiro. O prestador de serviços, como intermediário, terá, por seu turno, que remunerar o titular dos direitos pela utilização que faz da obra.

Porém, esse gozo das utilidades primárias da obra não parece ser completamente irrelevante em face do direito de autor. Pense-se no seguinte exemplo: é ao autor de obra cinematográfica que cabe autorizar quando e como se realizará a sua estreia; ele pode explorar directamente a obra em salas de cinema sem precisar de intermediários e pode, obviamente, cobrar as entradas. Porquê? Porque as utilidades primárias da obra são-lhe reservadas. Não está em causa, no essencial, proporcionar a utilização de um espaço físico que integra bens móveis (as cadeiras, por ex.) e efeitos audiovisuais indeterminados. Está em causa, em primeira linha, proporcionar o gozo intelectual de uma coisa. Claro que, ao passo que o adquirente de um exemplar exerce poderes de facto sobre esta com a entrega daquele, já na utilização final por comunicação ao público esses poderes de facto dependem da prestação de um serviço. Todavia, só na aparência não são poderes de facto. À semelhança do exemplar da obra, a prestação do serviço é, apenas, o veículo de comunicação da obra. O gozo intelectual da obra traduz-se, portanto, no exercício de poderes de facto sobre ela. Essa forma de utilização final das utilidades primárias da obra não deixa de ser relevante por implicar a prestação de um serviço, que é meramente instrumental, tendo função de veículo comunicativo da obra. Em suma, o gozo intelectual

da obra significa o exercício de poderes de facto sobre ela, qualquer que seja o veículo. Acresce que, quer os distribuidores de exemplares, quer os prestadores de serviços, ambos exercem sobre a obra poderes de facto em termos directos e imediatos. O mesmo se passa em relação aos titulares dos direitos patrimoniais transferíveis e aos próprios autores relativamente aos seus direitos pessoais. Sobre a obra podem ser ainda exercidos poderes de facto por outros utilizadores, por ex., no domínio da utilização livre e das licenças legais. Todavia, o exercício dos poderes de facto é feito em termos de direitos distintos. Os utilizadores das “utilidades” primárias, seja por via de exemplares ou de serviços, são meros detentores da obra, seja por mera tolerância, seja por acto facultativo, seja por título jurídico, legal ou contratual. Neste último caso equiparam-se aos distribuidores em sentido amplo (por ex., editores, empresários de espectáculos, produtores, empresas de radiodifusão, prestadores de serviços em linha), que exploram as utilidades mercantis da obra, em termos de, a nosso ver, não lhes dever ser retirado o benefício dos meios de tutela possessória para defenderem o seu direito pessoal de gozo, pois que poderão ser equiparáveis a locatários ou comodatários investidos no gozo da coisa. Claro que tais disposições aplicar-se-ão em harmonia com o art. 1303.º, 2, CCiv. Já os titulares dos direitos patrimoniais transferíveis exercem poderes de facto sobre a obra em termos de direitos reais. São, por isso, verdadeiros possuidores da obra, a qual pode, ainda, ser objecto de poderes de facto em termos de direitos pessoais pelo respectivo autor. Porém, já no que respeita às chamadas pretensões remuneratórias sentimos algumas dúvidas em afirmar que se traduzam no exercício de poderes de facto sobre a obra, embora não deixem de se assemelhar a formas de sequela patrimonial do autor em relação à obra.

Em razão da sua natureza incorpórea, a obra “tem o dom da ubiquidade”, podendo ser objecto de múltiplos e diversos poderes de facto. Dando-se conta do fenómeno escrevem os Profs. Pires de Lima e Antunes Varela: “Os direitos de autor [...] porque incidem sobre coisas incorpóreas, podem ser exercidos por um número ilimitado de pessoas.” (Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 2). Por isso parece que a obra é de todos. Por ser susceptível de tantas “posses” parece quase inapropriável: seria de todos e ao, mesmo tempo, de ninguém. Mas não parece que seja assim. Por isso há o direito de autor. E, afinal, será o direito de autor de todo inconciliável com uma noção de direitos reais, nos termos da qual estes são “*direitos absolutos, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos à afectação desta aos interesses do sujeito*”? (Oliveira Ascensão, *Reais*, p. 44; tanto mais que a “*afectação da coisa que referimos permite-nos ultrapassar o significado imediatamente material*” — p. 55). Na verdade, o direito de autor parece ser inerente à obra, uma vez que se constitui com a sua criação. Por outro lado, o facto de o exclusivo de exploração económica ser temporário não obstará a que se estivesse em face de um direito de propriedade: não é a propriedade temporária admitida nos casos especialmente previstos na lei (art. 1307.º, 2, CCiv)? Depois, não será a categoria dos direitos reais, combinada com a dos direitos pessoais, capaz de abranger a categoria dos direitos de exclusivo ou de monopólio, para a qual o Prof. Oliveira Ascensão remete o direito de autor?

A sua resposta é negativa, porque, nas suas palavras, “há uma forma de atribuição, cuja fisionomia é irreductível a qualquer das categorias acima mencionadas” (direitos pessoais, reais e obrigacionais), forma de atribuição essa em que “o objecto do direito não são

propriamente os bens intelectuais, mas certas actividades referentes a esses bens intelectuais; e o conteúdo do direito são proibições de actividades. Como todo o exclusivo, centra-se na exclusão da intervenção de terceiros. [...] As actividades referentes à obra são tendencialmente livres, só são reservadas aquelas que se consubstanciam na exploração económica da obra.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 683, e n. 2, 686). Num outro passo, diz-nos, em conformidade, que os “*direitos intelectuais* têm em vista comportamentos funcionalmente dirigidos a reservar ao sujeito formas de desfrute de um bem intelectual. Mais em geral, os direitos de *exclusivo* ou de *monopólio* tendem à reserva de um exclusivo de actuação ao sujeito, restringindo-se nessa medida a normal liberdade dos restantes sujeitos.” (Oliveira Ascensão, *Reais*, p. 619). Por seu turno, este resultado é obtido através do recurso “à técnica da distinção do objecto mediato e do objecto imediato do direito[...] As actividades reservadas serão o objecto imediato ou conteúdo do direito; a obra literária ou artística é o objecto mediato do exclusivo de exploração económica.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 682). Ora, segundo a concepção tradicional, tal entendimento aproximaria o direito de autor, pelo menos na sua vertente patrimonial e em termos estruturais, mais aos direitos de créditos do que aos direitos reais, uma vez que se entende que, ao contrário daqueles, estes só têm objecto imediato (v., por todos, Manuel de Andrade, *Teoria geral*, p. 246; Mota Pinto, *Teoria geral*, p. 331).

Está fora do âmbito do nosso trabalho tratar os fundamentos dogmáticos dos direitos reais, bem como tomar partido sobre a *vexata quaestio* travada entre as teorias personalistas ou obrigacionistas e as teorias clássicas ou realistas (sobre estas teorias, v., por ex., Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 95 s., propondo uma via superadora de síntese que integra na noção de direito real um lado interno ou *licere* conformado pelo interesse de imediação, e um lado externo ou *protectio* conformado pelo interesse de estabilização — p. 144). Seria também descabido nesta sede tratar do problema de saber se os direitos reais, pela sua natureza dita absoluta, são situações jurídicas sem relação, isto é, se são direitos “independentes de uma relação” (Oliveira Ascensão, *Reais*, p. 45), embora confessemos que seja problemático aplicar essa fórmula. Na verdade, os direitos reais, ao atribuírem aos respectivos titulares uma área de reserva exclusiva, não se traduzem, também, no poder de exigir de outrem um comportamento negativo, quer se conceba como um dever geral de abstenção ou como uma obrigação passiva universal? Se assim não fosse, de que serviria o direito real? Por que razão poderá o senhor A responder, civil e criminalmente, nos termos da lei, por usar a coisa que a ordem jurídica atribui ao senhor B? Um dever moral? Uma natural afectação das coisas? Ou será que o exclusivo que a lei atribui, impõe, externamente, aos demais, uma obrigação de *non facere*? Se assim fosse, no lado externo, o direito real seria um direito de crédito. E todavia, ao mesmo tempo, seria oponível *erga omnes*. Seria um direito de crédito com eficácia *erga omnes*. O mesmo se passaria com os direitos de personalidade. No lado externo, em relação, seriam direitos de crédito: o direito de exigir uma prestação negativa (*non facere*) ou até positiva (*facere*). E, todavia, seriam oponíveis *erga omnes*. Assim, no lado interno, os direitos reais e os direitos de personalidade seriam absolutos; já no lado externo, seriam relativos, e, por isso, obrigacionais, mas, afinal, com eficácia *erga omnes*. Seriam direitos de crédito “musculados”.

Em sentido contrário, poder-se-ia dizer que a violação destes direitos, e a consequente responsabilidade civil ou criminal, não dependeria da existência de uma relação entre

duas pessoas, mas por uma ter praticado certos actos relativos a determinados bens que a ordem jurídica reserva em exclusivo à outra. O conteúdo do direito não estaria na imposição de um dever de não praticar um determinado acto, mas antes na proibição de o praticar. Ao invés de um comando do tipo “não deves ou não podes fazer isto porque há sanções, uma vez que a coisa é do outro”, tratar-se-ia, apenas, de um “se fizeres isso, a consequência será esta, porque estás a violar o direito de outrem”. Em princípio, juridicamente seria irrelevante a omissão, ao contrário da acção. A sanção não reprimiria a violação de um dever de não fazer, mas antes o simples fazer o que só o outro pode fazer. Sob pena de termos duas pretensões. Na responsabilidade civil, haveria um duplo ilícito: por violação de um dever de não fazer e, ao mesmo tempo, por ter feito o que é reservado em exclusivo ao lesado. Seria uma dupla valoração do mesmo acto: incumprimento do dever de abstenção e privação da plena exclusividade. Ora, se a isto juntássemos que a relação jurídica *proprio sensu* pressupõe a existência de dois sujeitos, sob pena de cairmos na relação homem-coisa (e no mundo da ficção) e do eu consigo próprio (o que seria algo esquizoide), teríamos que admitir a existência de direitos absolutos, isto é, “independentes de relação”. E, com efeito, assim parece ser nos direitos reais.

Ora, no direito de autor pensamos que os mesmos princípios serão válidos. Trata-se do poder directo e imediato sobre uma coisa, em termos de prática de actos que lhe são reservados em exclusivo em relação à obra protegida. Salvo melhor juízo, a limitação das actividades dos membros da comunidade em relação à obra resulta da sua apropriação pelo direito de autor. Apropriação essa que se dá no momento da sua criação, que é o facto constitutivo do direito de autor. A obra não é livre se for protegida pelo direito de autor, não obstante — *et pour cause* — poder ser objecto de utilizações livres e de estar sujeita ao princípio da liberdade do uso privado, ainda que dentro de certos limites. A actividade de criação cultural é livre: corresponde, aliás, a uma das liberdades fundamentais da pessoa humana constitucionalmente garantidas. Porém, a afirmação de uma “liberdade de utilização de bens culturais” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 12) decorrerá de direitos fundamentais como o direito à livre expressão do pensamento, o direito a informar e a ser informado, o direito de ensinar e aprender. Direitos estes que, todavia, informam, também, o direito de autor, como decorre dos casos de utilização livre contemplados. O direito de autor desempenha uma importante função social de promoção da criatividade cultural, premiando o autor. Porém, este prémio tem a contrapartida social de a obra, uma vez saída da esfera de reserva do autor, estar sujeita a determinadas utilizações livres em prol de actividades de informação, ensino e da própria criação cultural. Mas isso não significa que a obra seja de todos, como resulta das próprias regras da utilização livre. É posta, em certos termos, ao serviço do interesse geral da comunidade. Essa é a função social do direito de autor, que não pode ser subestimada. Mas isso não significa que a obra seja de todos. Não o é, quer patrimonialmente, quer pessoalmente, enquanto a obra não cair no domínio público. Por outro lado, o direito de autor não consiste apenas nem fundamentalmente no poder de proibir terceiros de exercerem determinadas actividades ou de praticarem determinados actos em relação à obra. Para além da sua dimensão pessoal e das pretensões remuneratórias irrenunciáveis que integra, o direito de autor tem um conteúdo positivo, que poderemos caracterizar como um “direito disponível de gozo exclusivo temporário”. O Prof. Oliveira Ascensão caracteriza-o nuclearmente como “um

exclusivo temporário de exploração económica da obra” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 686); caracterização que nos parece de seguir, uma vez entendido o termo económico no sentido de a obra constituir um bem apto à satisfação de necessidades intelectuais através do seu gozo.

Aqui chegados, importa referir que o que dissemos parece aproximar-se da “teoria das coisas incorpóreas” sustentada, entre nós, pelo Prof. Orlando de Carvalho. Todavia, há alguns pontos de divergência que gostaríamos de apontar. Na sua opinião, para começar, “as obras de engenho e as invenções industriais [...] são, no seu cerne, ideias artísticas ou inventivas, protegidas pela originalidade criadora [...] constituem valores de per se — novos valores artísticos, científicos ou técnicos —, consagrando uma personalidade criadora [...] daí o seu conteúdo misto, patrimonial e pessoal [...] trata[-se], quanto ao objecto protegido, de ideias que, uma vez saídas da mente e, por conseguinte, discerníveis, ganham autonomia em face dos meios que as sensibilizam ou exteriorizam e em face da própria personalidade criadora, justificando uma tutela independente da tutela da personalidade como da tutela dos meios ou objectos corpóreos que são o suporte sensível dessas mesmas criações. Sem que se esqueça que as ideias não são meros conceitos nem necessariamente conceitos: são formas e com frequência apenas formas (o caso dos sinais distintivos e de grande parte das artes plásticas de hoje — se não ainda de certa poesia caligráfica e, naturalmente, das chamadas artes rítmicas). [A] verdadeira função do Direito, cujo objecto não é ordenar fisicamente o mundo dos corpos, mas ordenar socialmente a comunidade [...] (Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 190-2, em nota). Concordamos com este entendimento, de acordo com a sua formulação final. Na verdade, enquanto objecto do direito de autor as obras não são, no seu cerne, ideias artísticas ou inventivas, mas antes formas de expressão. Acresce que a circunstância de concretizarem (e acrescentaríamos, de pressuporem) uma personalidade criadora não significa, *de per se*, que essa personalidade seja necessariamente reconhecível na obra. Mas significa isso que a tutela concedida pelo direito moral é independente da tutela da personalidade, como parece afirmar? A nosso ver, a tutela da personalidade opera aqui por mediação da obra, isto é, em relação a actos praticados sobre a obra. A “obra não tem personalidade”. Ou bem que se tutela a personalidade, por via da obra. Ou bem que se tutela a obra independentemente da tutela da personalidade. *Tertium non datur*. Dizer que a protecção é independente da tutela da personalidade, e afirmar depois que é a personalidade que se tutela afigura-se algo problemático. Por ex., um acto de modificação da obra poderá ser duplamente valorado como violação do direito de personalidade e como violação do direito moral?

Sustenta, depois, que “a ideiação não se confunde com a actividade de elaboração das ideias, mas se oferece realmente como um ente *a se* — como uma coisa, no sentido moderno da palavra —, algo distinto tanto da pessoa do sujeito como do *corpus mechanicum* em que virtualmente se expõe; [...] esse ente individualmente determinado é capaz de fruição económica exclusiva, desde que o Direito garanta a sua área de reserva através de uma rede de protecção que impeça os subtis meios de esbulho a que se presta a sua natureza intelectual (contrafacção, reprodução, imitação, etc.); e, finalmente, [...] essa tutela só na aparência tem que ver com um privilégio ou monopólio, pois se destina, não a impedir uma actividade idêntica ou a fruição económica de bens semelhantes

àquele, mas a impedir a turbação da disponibilidade da coisa que a ideação constitui como ente economicamente fruível [...]” (Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 193-4, em nota). Ora, o que dissemos corresponde, *grosso modo*, a esta orientação. Só sentimos algumas dúvidas quanto a saber o que se entende por turbação da disponibilidade da coisa que a ideação constitui como ente economicamente fruível. Estará incluída nesta fruibilidade económica a satisfação de necessidades que o gozo intelectual da obra permite ao nível das suas utilidades primárias?

Vamos procurar resposta a esta pergunta nas palavras do Prof. Orlando de Carvalho. A tese que sustenta é que há um “direito de propriedade sobre a obra, mas tendo atrás um direito de personalidade que funciona unitariamente com ele[; é] a tese dos dois direitos geminados de autor [...]”. Em sentido oposto Oliveira Ascensão [...] defende a doutrina do direito de monopólio, com o fundamento de que o direito não versa sobre a obra [...] visto que não abrange a «universalidade dos poderes» sobre ela, mas apenas as suas possibilidades de exploração económica. O que nos reconduz ao problema do que é a *posse* das coisas para a definição do direito de propriedade [...] e ao problema do «gozo reflexo» em matéria de criações e invenções [...]. O objecto de domínio nesses bens incorpóreos é [...] a ideação enquanto bem economicamente fruível — não a ideação desligada de qualquer sentido útil, pois se assim fosse, nem sequer seria um bem — ou enquanto dirigida a um simples gozo cognitivo ou estético que as ideias, sem dúvida, proporcionam, mas relativamente ao qual se comportam, uma vez em circulação, como *res omnium communes*. [...] esse «gozo reflexo», que não é privativo dos bens incorpóreos [...] não pode confundir-se com o que é o conteúdo específico do domínio sobre esses bens enquanto meios de propiciação de réditos. Um direito de propriedade, como diria Pascal, que se estendesse «jusqu’où s’étend son regard intellectuel» [...], não tem nada a ver com a propriedade das ideações como bens economicamente fruíveis, propriedade que, sendo pleno domínio, se traduz no poder de gozar em pleno das virtualidades de exploração ou de disfrute económico que as ideações propiciam — ou, por outra maneira, de as gozar em exclusivo (dentro dos limites da lei, obviamente, como em toda a propriedade, limites que implicam, como se disse, restrições espaciais ou temporais, mas que não tocam no cerne do direito em discussão: como não tocam na propriedade resolúvel).” (Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 195-6, 205, em nota).

Parece assim que, embora se admita que o objecto de domínio é a ideação “enquanto dirigida a um simples gozo estético ou cognitivo”, parece sustentar-se que as utilidades primárias da obra cuja utilização possibilita o seu gozo intelectual não serão abrangidas pelo objecto de domínio, o qual, acabará por ser limitado às virtualidades de exploração ou disfrute económico, ou seja, afinal, às suas possibilidades de exploração económica. Porém, tratar-se-á, ainda, de propriedade, não obstante na sua ‘universalidade dos poderes’ não se contar o mero gozo estético ou cognitivo, parecendo assim que o direito de autor valora apenas certas utilidades económicas da obra. Concepção esta que reforça quando escreve que “o que o Direito tutela não é a obra enquanto fonte de fruição estética ou científica, mas a obra *fonte de exploração económica*. Decerto, o Direito não ignora que a explorabilidade económica da obra se funda na sua fruibilidade estética ou científica por parte do público — e por isso é que na sua noção se fala da sua presumida dignidade nesse plano —, mas, se essa é a causa verosímil do seu relevo na economia, não é esse o critério

decisivo da existência do bem para o Direito. [...] Mas o que releva [...] são menos esses campos de ressonância [estética ou tecnológica] do que os campos de explorabilidade económica que com eles se facultam. Explorabilidade, aliás, cujo grau de efectiva concretização não interessa, em princípio, ao Direito. É um horizonte meramente conjectural, ainda que nem por isso menos fulcral e menos definitório.” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 540-1).

Confirma-se, portanto, que as utilidades primárias da obra são entendidas como um “mero a propósito” da protecção. Se bem que, mais uma vez, esta posição não deixe de ser algo problemática, uma vez que se diz que o “que releva são menos... do que”. Ou seja, apesar de ser peremptório em afirmar que “o que o Direito tutela não é a obra enquanto fonte de fruição estética ou científica, mas a obra enquanto fonte de exploração económica”, não deixa de dar relevo à primeira, isto é, às utilidades primárias da obra enquanto fonte de gozo intelectual. Este, o gozo intelectual, parece ser apenas a motivação, a causa verosímil, o “propósito”, mas já não o seu critério decisivo. E é justamente quanto a este ponto que divergimos, salvo o devido respeito, deste entendimento. O gozo intelectual que as utilidades primárias da obra propiciam não é completamente secundário ou irrelevante. Fazendo nossas as palavras dos Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, “são *característicos e evidentes* os direitos exclusivos do autor sobre a obra intelectual, relacionados ou não [...] com formas de exploração económica. É no intuito de abranger esses poderes que a lei chama direitos de propriedade (propriedade intelectual) a esses direitos, e lhes manda aplicar, subsidiariamente, as disposições do Código Civil relativas a esta figura”. (Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 77). Talvez por isso o Prof. Orlando de Carvalho acabe por dizer que o grau de efectiva concretização da explorabilidade da obra não interessaria ao Direito, sendo um horizonte meramente conjectural. Ou seja, seria decisiva a explorabilidade económica da obra mas já não a sua fruibilidade intelectual; acresce que essa explorabilidade seria meramente conjectural, tanto valendo que as facultades primárias de uma obra fossem gozadas uma como mil e uma vezes, sucessiva ou simultaneamente. Em suma, o autor só se poderia fazer cobrar pelas utilidades mercantis da obra e não poderia impedir terceiros de a usarem sem a sua autorização, uma vez posta a obra em circulação.

Todavia, sentimos algumas dificuldades em compreender como é que o autor poderia explorar economicamente a obra se não tivesse poderes sobre as suas utilidades primárias. Na verdade, se o gozo intelectual da obra fosse tão livre como se julga, então o direito de exploração económica deixaria de ter motivo, causa verosímil ou propósito. Porquê proibir a reprodução se a utilização da obra é livre? Poder-se-ia dizer que o gozo intelectual seria livre, embora já não o fossem as actividades que possibilitassem esse gozo: a reprodução (incluindo a transformação), a distribuição, a comunicação ao público da obra. O autor não poderia controlar o gozo intelectual, mas já poderia controlar o acesso à obra. Mas, por que razão deveria ele controlar o acesso à obra, se o gozo da suas utilidades primárias fosse livre? Segundo uma análise económica, dir-se-ia que a razão de ser dessa limitação do direito de utilização seria que o autor deveria cobrar-se junto dos distribuidores (em sentido amplo), podendo estes exigir o preço que achassem conveniente junto do utilizadores finais, ou, se quisermos, dos consumidores. As pretensões remuneratórias atenuariam a desprotecção do autor em face dos cessionários dos direitos e dos exploradores da obra. A lógica seria

premiar os distribuidores pelo risco do investimento exigido pela publicação e/ou divulgação da obra junto público, garantindo aos autores, porém, um mínimo de participação nos proveitos económicos da exploração. Se a tudo isto juntássemos a instituição da gestão colectiva, numa perspectiva de realismo jurídico, não ficaríamos muito longe da figura dos privilégios de impressão dos *stationers*, balançados com os *equitable remedies* que, *ad misericordiam*, o *Chancellor* concederia aos autores. E, sendo este o resultado, menos se compreenderia, ainda, a defesa da tese da propriedade no direito de autor.

Ora, salvo melhor juízo, sentimos algumas dificuldades em afirmar que “a razão dessa tutela jurídica seja [apenas] a obra enquanto susceptível de exploração económica, como potencial *res in commercio*” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 541). É verdade que o Código dispõe que do ponto de vista económico, a garantia das vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração constitui o objecto fundamental da protecção legal (art. 67.º, 2). Mas, isso é do ponto de vista económico, e como vimos essas vantagens aproveitam menos aos autores dos que aos distribuidores (em sentido amplo). Só que a protecção legal, mesmo num ponto de vista económico, o “objecto fundamental” constituído pelas vantagens patrimoniais resultantes da sua exploração não esgota, em absoluto, o objecto da protecção. Além disso, o autor pode reservar o gozo intelectual que as utilidades primárias da obra proporcionam para actividades não lucrativas ou confinadas a utilização privada num meio familiar. E conservando a obra *extra commercium* ele não estará sujeito às exigências da publicidade, senão no caso *supra* referido. Mesmo do ponto de vista económico o gozo intelectual que as utilidades primárias da obra proporcionam não é completamente irrelevante, como a seguinte pergunta demonstrará: qual é o critério de aferimento dos resultados de exploração económica da obra para o apuramento do *quantum* correspondente a certas pretensões remuneratórias? As receitas de bilheteiras ou as receitas de intermediação? O número de exemplares editados ou o número de exemplares realmente vendidos?

E, por outro lado, estará abrangida no conteúdo do direito de autor a faculdade de afixar num livro uma proibição nos termos da qual: “No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma ou por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.”? [Civitas, 1995] A nosso ver, tal proibição depara com limites de ordem pública, quais sejam a utilização livre e o uso privado, que justamente coarctam o poder de controlar o acesso à obra nessas circunstâncias. De igual modo, será contrária ao princípio do esgotamento comunitário, cuja instituição geral se antevê. Mas tudo isto são limites ao direito de autor, subtraindo-lhe o controlo do acesso à obra por terceiros em termos por si não autorizados. A razão de ser desses limites é justamente permitir o gozo intelectual da obra em termos que não dependam da autorização do autor. Assim, por ex., em princípio, o senhor A compra um exemplar da obra literária para poder utilizá-la, embora possa também utilizá-la só para fins de decoro; se o autor autoriza apenas uma edição de 500 exemplares, isso significa que ele permite que a sua obra seja apenas desfrutada a partir desses mesmos exemplares, embora fique sujeito às regras da utilização livre e do uso privado. E isto quer no que respeita às utilidades intermediárias, quer no que respeita às

utilidades primárias. O acesso à sua obra e a actividade que o proporciona ficarão limitados ao número de exemplares autorizados.

Por outro lado, há outro ponto na doutrina do Prof. Orlando de Carvalho que nos suscita algumas reservas. Sustenta que, “se o pleno domínio é possível, como concordam Pires de Lima e Antunes Varela a propósito do art. 1303.º, mal se entende que a posse seja impossível, como sustentam a propósito do art. 1251.º Não foi arbitrariamente que o brocardo latino ligou «dominium» e «possessio» («dominium vel possessio»). Se um bem consente dois gozos simultâneos plenos e compatíveis como as *res omnium communes*, não consente um domínio exclusivo, nem uma posse, que é a projecção empírica deste. Só que os bens incorpóreos puros não são «coisas comuns a todos», mas antes específicos valores venais que permitem um domínio exclusivo. Tê-los plenamente é ter uma pretensão de um *jus excluendi omnes alios*. Esta pretensão jurídica, ou dirigida ao jurídico, é a mesma que se nos depara nos objectos corpóreos, quando a apreensão material deles tem em vista uma fruição que não sofra a interferência ou a concorrência de quaisquer outras pessoas, o que também só se consegue com o reconhecimento pelo Direito dessa área de reserva ou senhorio. Sem dúvida que aqui o facto físico da apreensão garante, independentemente da sanção jurídica, o mais fácil exercício de uma defesa natural — ou, em termos de posse, o mais fácil exercício da acção directa contra eventuais turbações ou esbulhos. Mas isso não obsta a que nos bens incorpóreos haja igualmente uma situação de facto que precede e *intende* a sanção pelo Direito — uma situação pré-jurídica ou empírica que, visando uma fruição ou exploração em exclusividade ou em privatividade, repele necessariamente toda a incursão ou tentativa de substituição nesse «círculo de poder»: numa palavra, uma posse, que necessariamente repele outra posse com o mesmo alcance e sentido [...] Como acima frisámos, tal como o domínio pleno é, nos bens incorpóreos puros, um *jus excluendi omnes alios*, também a posse desse pleno domínio é uma posse que exclui qualquer outra semelhante. A regra «*duodorum in solidum*» vale, portanto, aqui, para o domínio e para a posse. Se alguém se arroga contra outrem a exclusividade da fruição ou exploração económica do bem e age conseqüentemente, o resultado será, não havendo reacção tempestiva, a aquisição da posse pelo primeiro e a perda da posse pelo segundo. Não uma posse *in solidum*, mas substituição de possuidores. [...] É claro que a possibilidade teórica de uma posse que venha a conduzir à usucapião não significa uma possibilidade prática desta, que, como é óbvio, depende do direito em vigor. Mas o que não pode é concluir-se da exclusão da usucapião a exclusão da tutela possessória, que, mesmo em matéria de obras de engenho e atentos os aspectos morais do direito de autor — o chamado direito moral de autor, que para nós, conquanto visceralmente ligado ao direito patrimonial (*rectius*: ao direito de propriedade sobre a obra de engenho), se distingue dele, sendo um direito de personalidade: o direito à criação pessoal [...] —, tem indiscutível transcendência para facilitar a defesa do próprio *dominus*, dispensando-o, no caso de turbação ou de esbulho, da prova do direito.” (Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 206-8). Ora, concordamos que o possuidor de obra intelectual, isto é, o que exerce poderes de facto em termos de direitos reais, pode beneficiar dos meios de tutela possessória, que, aliás, estendemos a detentores por título jurídico. A obra admite ser objecto de poderes de facto e aqueles detentores são equiparáveis a possuidores para defenderem o seu direito pessoal de gozo. Todavia, já não acompanhamos

transmissário ou cessionário adquire a “propriedade” das faculdades ou modos de utilização da obra dispostos no contrato, podendo, nessa medida, por exemplo, transmiti-los a terceiros. No segundo caso, o utilizador autorizado apenas participa no exclusivo de exploração da obra nos termos estipulados na licença, não podendo, por isso, em princípio, dispor ou onerar, total ou parcialmente, os seus direitos⁽⁵⁷⁰⁾. Depois, nas transmissões ou onerações

o raciocínio de que teoricamente poderia haver uma substituição de possuidores. Isso seria, a nosso ver, contrário à natureza destes direitos, pois que, ainda que, e sobretudo, no domínio dos direitos transferíveis, isso geraria insegurança jurídica, sem haver interesses materiais que o justificassem. Na verdade, a natureza incorpórea desta coisa, que se traduz na ubiquidade da obra, permite ser objecto de múltiplos e diversos poderes de facto. Seria altamente problemático que o regime da posse fosse aplicável neste domínio como se de coisas corpóreas se tratasse. Por isso a lei excluiu a usucapião para todo o direito de autor, não apenas a dimensão pessoal. E o regime da posse não será de aplicar senão, como aliás as restantes disposições do Código Civil, nos termos do art. 1303.º, 2, CCiv.

⁽⁵⁷¹⁾ Por outro lado, ao contrário dos actos de disposição que implicam a transmissão ou oneração dos direitos, as autorizações de utilização ou exploração da obra “por qualquer processo não implica[m] a transmissão do direito de autor sobre ela” (art. 41.º, 1). Assim, por ex., enquanto na transmissão parcial o titular dos direitos abdica ou priva-se, temporariamente, do exclusivo que a sua qualidade lhe reservava em relação às faculdades ou modos de utilização que são objecto de disposição, na autorização de utilização ou exploração não há cessão dessas faculdades, ainda que seja estipulada cláusula de exclusividade. No primeiro caso, o transmissário ou cessionário adquire a propriedade das faculdades ou modos de utilização da obra dispostos no contrato, podendo, nessa medida, por exemplo, transmiti-los a terceiros. No segundo caso, o utilizador autorizado apenas participa, *sine domino*, no exclusivo de exploração da obra nos termos estipulados na licença, não podendo, por isso, em princípio, dispor ou onerar, total ou parcialmente, os seus direitos. Depois, nas transmissões ou onerações parciais e nas autorizações de utilização, o objecto é limitado aos modos de utilização designados no acto, quer no que respeita ao processo de utilização, quer no que respeita às condições de tempo, lugar e preço (arts. 41.º, 3, e 43.º, 1 e 3). Porém, enquanto os primeiros consistem em negócios reais *quoad effectum*, os segundos analisam-se em negócios obrigacionais.

Esta qualificação dogmática, que assenta na distinção entre *iura in re* e *iura ad rem*, remete-nos, por outro lado, para o problema da inserção sistemática destes actos de disposição *lato sensu*. Em nosso entender, a disponibilidade dos poderes patrimoniais é configurada no Código em termos de admitir a sua subsumibilidade aos tipos contratuais previstos e regulados na lei civil (pondo em destaque a semelhança apontada, v. Rebello, *Introdução*, p. 134-5). Assim, por exemplo, partindo da natureza gratuita ou onerosa dos contratos, podemos dizer, que os actos de transmissão poderão ser qualificados como compra e venda ou doação de direitos, enquanto para os actos de autorização poderá valer a sua qualificação como locação ou comodato, respectivamente. Com efeito, apesar de o conteúdo da propriedade intelectual do direito de autor ser definido em legislação

parciais e nas autorizações de utilização, o objecto é limitado aos modos de utilização designados no acto, quer no que respeita ao processo de utilização, quer no que respeita às condições de tempo, lugar e preço (arts. 41.º, 3, e 43.º, 1 e 3). Porém, socorrendo-nos da classificação tradicional, enquanto os primeiros consistirão em negócios reais *quoad effectum*, os segundos analisar-se-ão em negócios obrigacionais⁽⁵⁷¹⁾.

2. Assim, o conteúdo patrimonial do direito de autor pode constituir objecto de negócios de disposição, *maxime* negócios reais *quoad effectum* (transmissões ou onerações, totais ou parciais). Por outro lado, o seu *licere* patrimonial *stricto sensu* consiste no “direito exclusivo de fruir e utilizar a obra, no todo ou em parte”, abrangendo, *inter alia*, as faculdades de a divulgar, publicar e explorar economicamente, segundo a sua espécie e natureza, por qualquer forma ou por qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser, directa ou indirectamente, nos limites da lei (art. 67.º, 1, e art. 68.º, 1).

Por outras palavras, o direito patrimonial de autor consiste no direito disponível de gozo exclusivo (temporário) da obra em termos de um *ius excluendi omnes alios*, de exploração económica desse bem; sendo que “a garantia das vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração constitui, do ponto de vista económico, o objecto fundamental da protecção legal” (art. 67.º,

AB VNO AD OMNES

especial, tal não obsta a que se apliquem as disposições do Código Civil, na medida em que “se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente previsto” (art. 1303.º, 2). Ora, como elementos essenciais dos conceitos de compra e venda e de doacção prevê-se, respectivamente, a transmissão da “propriedade de uma coisa, ou outro direito” (art. 874.º CCiv) e a disposição “de uma coisa ou de um direito” (art. 940.º CCiv). Por seu turno, a natureza corpórea não é definitiva do conceito de coisa susceptível de constituir objecto dos contratos de locação e de comodato (arts. 1022.º e 1129.º CCiv), mas apenas do conceito de coisa que pode constituir objecto do direito de propriedade reguldo no Código Civil (art. 1302.º CCiv). Pelo que, a nosso ver, os actos de disposição *tout court* previstos no Código são reconduzíveis a tipos contratuais previstos e regulados na lei civil, a isso não obstante a natureza daqueles direitos. Acresce que, por força do princípio *lex specialis derogat lex generalis* consagrado no art. 1303.º, 2, *in fine*, CCiv, certos critérios especiais, prescritos no Código para reger os actos de disposição do direito de autor, prevalecem sobre as regras do Código Civil. Assim, por exemplo, a validade da transmissão total e definitiva dos direitos patrimoniais disponíveis, embora seja, a nosso ver, subsumível à compra e venda de direitos, depende de um requisito especial de forma que consiste na sua celebração mediante escritura pública (art. 44.º). De igual modo, a validade da autorização onerosa de utilização de obra,

2).

Gozo exclusivo esse que, por um lado, não é limitado a formas de utilização taxativamente tipificadas⁽⁵⁷²⁾. Pelo contrário, a concretização da cláusula geral definitiva do gozo exclusivo, ao invés de ser exaurida por via de um *numerus clausus*, é feita mediante um catálogo de exemplos de algumas das formas de utilização possíveis. Isso resulta não apenas da indeterminação dos termos da cláusula geral, que abrange todos os modos possíveis de utilização, *inclusive*, os que só venham a ser conhecidos de futuro, como, ainda, da técnica legislativa utilizada. Com efeito, dispõe o art. 68.º, 2, que “assiste ao autor, *entre outros*, o direito exclusivo de fazer ou autorizar, por si ou pelos seus representantes”.

embora possa ser qualificada como locação, depende da satisfação de um requisito de forma que consiste na sua concessão por escrito, dela devendo constar a “forma autorizada de divulgação, publicação e utilização, bem como as respectivas condições de tempo, lugar e preço” (art. 41.º, 2 e 3).

⁽⁵⁷²⁾ No sentido de que se trata de um princípio caracterizador da tradição continental do direito de autor, Strowel, *Droit d’auteur et copyright*, p. 144-5 (“Le système de droit d’auteur serait de plus *ouvert*, puisque le législateur s’exprime en terms généraux et larges, ce qui permet à la jurisprudence de combler les lacunes, notamment celles issues des développements technologiques.”).

⁽⁵⁷³⁾ O direito de distribuição consiste, fundamentalmente, no “direito de pôr em circulação” (v. Strömholm, *Dd’A* 1967, p. 279), isto é, “o poder de decidir sobre a venda, o aluguer e outras formas de pôr em circulação a obra por meio de exemplares” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 274). Note-se que, na opinião do Prof. Oliveira Ascensão, para além do problema da existência de um direito de distribuição na lei portuguesa, a que responde pela negativa (em sentido contrário, Rebello, *Introdução*, p. 153), a venda do exemplar teria por efeito a utilização livre desse exemplar, esgotando-se o direito, em termos de o adquirente poder não apenas vendê-lo, como alugá-lo e emprestá-lo livremente, esgotamento esse que, enquanto referido a uma faculdade do direito de autor, não teria, em princípio, limites territoriais; ademais, referindo-se à lei alemã, que produz a exaustão do direito de distribuição com a venda de exemplares, embora reserve para o autor um direito de remuneração pelo aluguer ou comodato da obra, entende que não seria exigível entre nós semelhante compensação por não haver preceito paralelo; a regra do art. 141.º, 4, seria “excepcional”, estando limitada à venda e aluguer com fins comerciais de fonogramas e videogramas que contiverem obras literárias e artísticas, sustentando, de *iure condendo*, quer a natureza “absurda” do direito de controlar a revenda comercial, quer, de um modo geral, a substituição do direito exclusivo de aluguer por um direito de remuneração (v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 272-7).

Sobre esta problemática deve referir-se o regime previsto pelo Decreto-Lei n.º 332/97, 27-11, que transpôs a Directiva Aluguer e Comodato. Por um lado, definiu diversas formas de distribuição (art. 3.º-a/b/c). A venda, aluguer e comodato consistem em actos

É, portanto, um elenco exemplificativo que, apesar da sua extensão, pretende, apenas, ilustrar formas de utilização susceptíveis de integrarem o gozo exclusivo que assiste ao titular dos direitos, como sejam, a publicação pela imprensa (*maxime*, na edição), a representação pública, a produção cinematográfica, a fixação em fonograma e videograma, a radiodifusão por satélite e a retransmissão por cabo, qualquer forma de distribuição (por ex., venda, aluguer e comodato) ⁽⁵⁷³⁾, a tradução, adaptação ou qualquer outra transformação, etc. (art. 68.º, 2).

3. Em ordem a arrumar estas diversas formas de utilização, propuseram entre nós o Prof. Ferrer Correia e Almeno de Sá, o modelo dos dois grandes tipos de direitos de utilização. Em sua opinião, seria “possível dividir os direitos de utilização em dois grandes grupos: o *direito de reprodução* e o *direito de comunicação*. Reporta-se o primeiro à fixação material da obra, ao passo que o segundo nos remete para as diversas formas de apresentar a obra ao público, abrangendo designadamente a recitação, a execução pública, a representação, a radiodifusão e a comunicação de emissões periódicas” ⁽⁵⁷⁴⁾.

A proposta deste modelo dualista, com largo suporte doutrinal, foi apoiada entre nós ⁽⁵⁷⁵⁾. Porém, já antes tinha sido proposto pelo Prof. Oliveira Ascensão um outro modelo de ordenação que distingue no seio do direito de utilização dois grupos de faculdades, quais sejam as “faculdades

de colocação à disposição do público para utilização, do original ou cópias da obra, sem período de tempo (venda) ou durante um período de tempo limitado (aluguer e comodato), com benefícios comerciais directos ou indirectos (compra e aluguer) ou sem benefícios económicos, ou comerciais directos ou indirectos, quando efectuado através de estabelecimento acessível ao público (comodato). Estas definições são importantes para delimitar certas consequências de regime. Primeiro, prevê-se o não esgotamento dos direitos de aluguer e comodato (que não se aplicam às obras de arquitectura e de artes aplicadas) com a venda ou qualquer outro acto de distribuição do original ou de cópias de obras. *A contrario*, parece ser consagrado o esgotamento do direito de distribuição apenas na forma de venda. Isto significa que o titular do direito não poderá opôr-se à revenda, por ex., de uma cópia, embora já possa controlar os actos de aluguer e de comodato (se efectuado este último através de estabelecimento acessível ao público) dessa cópia. Segundo, o autor tem o direito irrenunciável a uma remuneração equitativa pelo aluguer quando o tiver transmitido ao produtor de fonogramas ou filmes, por cujo pagamento é responsável o produtor (art. 5.º). Terceiro, o autor tem direito a remuneração pelo comodato público do original ou de cópias da obra, pela qual é responsável o proprietário do estabelecimento que pratica o comodato, estando insentas as bibliotecas públicas, escolares, universitárias, museus, arquivos públicos, fundações públicas e instituições privadas sem fins lucrativos (art. 6.º). Quarto, os artistas intérpretes ou executantes beneficiam, *mutatis mutandis*, deste

essenciais” e as “faculdades instrumentais”: pelas primeiras procede-se directamente à exploração da obra, concretizando-se o exclusivo de exploração económica (abrangendo a apresentação presencial, a representação de obras fixadas, a comunicação a ambiente diferente e a construção de obra arquitectónica); as segundas serão apenas preparatórias desta, podendo ser feitas sem publicidade e sendo reservadas ao autor na medida em que preludiem uma utilização “essencial” (a fixação, reprodução nas diversas formas, as transformações, a inclusão em obra diferente, a modificação como faculdade patrimonial, o acto de pôr em circulação) ⁽⁵⁷⁶⁾.

Ambos os modelos representam duas propostas de reduzir a complexidade das diversas formas de utilização e temperar a falta de critério da nossa lei ⁽⁵⁷⁷⁾. Mas no direito comparado a questão também não é uniforme. O direito de utilização é definido em termos abertos, sendo depois ilustrado por catálogo de exemplos típicos de formas de utilização. Consideremos, pois, alguns exemplos de soluções no direito comparado.

Para começar, a lei alemã distingue entre formas de exploração corpórea, agrupando, nomeadamente, a reprodução (incluindo a fixação), a distribuição (incluindo o aluguer) e a exibição; e formas de exploração incorpórea, ou direito de comunicação ao público (*Recht der öffentlichen Wiedergabe*), abrangendo, nomeadamente, a recitação, execução, representação ou apresentação, a radiodifusão (incluindo agora a radiodifusão europeia por

regime (art. 7.º), sendo de referir, porém, que a celebração de contrato de produção de filmes faz presumir a cessão do direito de aluguer dos artistas ao produtor, sem prejuízo do direito irrenunciável a uma remuneração equitativa pelo aluguer (art. 8.º).

⁽⁵⁷⁴⁾ Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 11 (e já em *Parecer*, p. 107).

⁽⁵⁷⁵⁾ Cfr. Rebello, *Introdução*, p. 203-5 (incluindo a distribuição no direito de reprodução: “Em qualquer dos casos, está bem estipulado que o direito de reprodução compreende o direito de distribuição” — p. 204).

⁽⁵⁷⁶⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 206-7 (esta classificação tem um relevo crucial na compreensão que faz do direito de autor: “há uma limitação que decorre por natureza da classificação das faculdades em substanciais e instrumentais, e que para nós é fundamental. / Enquanto as primeiras não são típicas, bastando que se amoldem ao conceito de exploração económica, as segundas, por não corresponderem a nenhum conceito, são típicas.” — p. 210).

⁽⁵⁷⁷⁾ À semelhança da nossa lei, o recente diploma brasileiro sobre “direitos autorais” não parece manifestar sensibilidade à necessidade de um critério distintivo das diferentes formas de utilização, consagrando um vasto rol de exemplos de utilizações sem aparente ordenação sistemática (v. Art. 29.º Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, Altera, atualiza a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências). Nesse aspecto está também próxima da lei suíça que não agrupa formas de exploração em tipos determinados de

satélite e a retransmissão por cabo), a comunicação por meio de gravações sonoras ou visuais, e a comunicação pública de radiodifusão; fora desta dicotomia, prevê ainda como forma de utilização as adaptações ou transformações ⁽⁵⁷⁸⁾.

Depois, a lei espanhola, apesar de se ter inspirado na lei alemã, distingue quatro grandes tipos de formas de exploração da obra: a reprodução (incluindo a fixação); a distribuição; o direito de comunicação pública (representação cénica, recitação, execução; projecção ou exibição audiovisual; exposição de obras de arte; difusão à distância, como emissão, transmissão e retransmissão, comunicação pública de obra radiodifundida, acesso público a bases de dados via telecomunicações); a transformação (ou produção de obra derivada) ⁽⁵⁷⁹⁾.

Por seu turno, a lei belga consagra duas formas de exploração, quais sejam a reprodução (abrangendo a fixação, a adaptação, a locação e o comodato) e a comunicação ao público ou representação, seja directa (sem suporte material), seja indirecta (por intermédio de um dispositivo técnico, como, por ex., a radiodifusão por satélite, a retransmissão por cabo, a comunicação em lugar público de obra transmitida) ⁽⁵⁸⁰⁾.

Um outro exemplo é o da lei francesa, que consagra três tipos de formas de exploração: a reprodução (fixação material da obra por todos os processos que permitem comunicá-la ao público de maneira indirecta), a representação (comunicação da obra ao público) directa, por recitação, execução, apresentação e audição (incluindo a exibição), e indirecta, por projecção e audição, e teledifusão (incluindo a distribuição por cabo e a emissão por satélite, e, segundo a doutrina ⁽⁵⁸¹⁾, a transmissão pública de obra radiodifundida); às duas modalidades principais de utilização, acrescem certas utilizações secundárias e a “transformação” ⁽⁵⁸²⁾.

4. Da nossa parte, somos sensíveis à distinção entre faculdades

actos, limitando-se a ilustrar o direito exclusivo de determinar se, quando e como a obra é utilizada, em especial pela produção e oferta de exemplares e diversas formas de comunicação, directa ou indirecta, ao público (Art. 10 *Verwendung des Werks* — URG).

⁽⁵⁷⁸⁾ §§ 15 — 23, UrhG, já com as alterações da IuKDG que transpôs a directiva bases de dados (*Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz*, 22-7-1997), e da lei de 8-5-1998, que transpôs a directiva satélite e cabo, aditando os §§ 20a (*Europäische Satellitensendung*), 20b (*Kaberweitersendung*): v. Nordemann, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 20, p. 195-8.

⁽⁵⁷⁹⁾ Arts. 17 — 21 LPI (sobre a tipificação das formas de exploração e suas origens

instrumentais e faculdades essenciais de utilização da obra proposta pelo Prof. Oliveira Ascensão. Interessa, todavia, referir que, na verdade, todas elas serão, afinal, em alguma medida, instrumentais em relação ao gozo das utilidades primárias que proporcionam da obra. O direito de autor não cobre a execução musical só por si, mas antes, como veremos, na medida em que não caia no domínio do gozo privado, isto é, que proporcione o gozo da obra a um círculo de pessoas não ligadas entre si por laços familiares ou análogos, ou, ainda que o faça, em termos não lucrativos. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a reprodução.

Um modelo que, a nosso ver, também é sustentável e está em linha de continuidade com aspectos em comum das experiências de direito comparado mencionadas e que tem em conta a Convenção de Berna, os novos Tratados, as medidas de harmonização comunitária e a recente Proposta, é aquele que aponta para quatro grupos de actos, à semelhança da solução espanhola.

Primeiro, a reprodução, incluindo a fixação, enquanto exploração que se traduz na multiplicação de exemplares da obra, em termos de permitirem, directa ou indirectamente, a distribuição desses exemplares ou a comunicação ao público da obra que reproduzem. O critério do acto de reprodução deverá ser, pois, a realização de uma cópia da obra a partir da qual esta possa ser utilizada. Em segundo lugar, a distribuição, que é o acto de pôr em circulação exemplares da obra mediante compra e venda (intervindo aqui o princípio do esgotamento comunitário, como veremos) e o aluguer comerciais, e, ainda, o comodato público. Trata-se da forma de exploração intermediária por excelência, interpondo-se, como acto autónomo, entre a produção e o consumo final ou actos de comunicação ao público. É o direito de vender pela primeira vez na Comunidade, de alugar ou de emprestar (publicamente) os exemplares autorizados, em termos que permitam que os utilizadores a possam gozar se, quando e como o quiserem, nos termos acordados na licença de utilização ou permitidos por lei. Em terceiro lugar, distinguem-se os actos de comunicação ao público, que se traduzem no direito de tornar (directamente) acessível o gozo da obra num círculo, directo e/ou indirecto, de pessoas que não estejam ligadas por laços familiares ou análogos (ou, estando, de o fazer com intuítos lucrativos, como ressalva a nossa lei). Em quarto lugar, o acto de “transformação” em sentido amplo, que consiste, *grosso modo*, no direito à obra derivada (por ex., adaptação ao cinema de uma obra literária).

Porém, é este apenas um quadro meramente hipotético, que procura identificar as principais espécies de actos em que se poderá analisar o direito genérico de utilização. Tem em conta uma análise da experiência de direito comparado, os novos Tratados OMPI e a Proposta de directiva, e apresenta-se

como uma terceira via alternativa aos quadros de ordenação propostos, ora pelo Prof. Oliveira Ascensão, ora pelo Prof. Ferrer Correia e Almeno de Sá. Não obstante, não pretende ser mais do que isso, ou seja, um modelo explicitante das principais formas de utilização de obras literárias e artísticas (reprodução, comunicação ao público, distribuição, “transformação”).

5. E, para compreender isto mesmo, necessário se torna analisar, com mais pormenor, o regime do direito de utilização, qualquer que seja a espécie de acto em causa, e assim caracterizar com propriedade a natureza exclusiva deste direito.

Ora, a exclusividade do gozo caracteriza-se, ainda, pela faculdade reservada ao “titular do direito” de “escolher livremente os processos e as condições de utilização e exploração da obra” (art. 68.º, 3). Trata-se, como escrevem o Prof. Ferrer Correia e Almeno de Sá, da “liberdade de decidir *sobre a própria utilização*, em si mesmo considerada, como a possibilidade de

na lei espanhola, v. por ex., Marco Molina, *La propiedad intelectual*, p. 195 s., procurando moldar os tipos legais às formas de exploração corpórea e incorpórea da lei alemã).

⁽⁵⁸⁰⁾ Art. 1er §§ 1, 2 LDA “Loi du 30 juin 1994 relative au droit d’auteur et aux droits voisins” (v. Berenboom, *Le Nouveau Droit d’Auteur*, p. 88 s.; Strowel/Triaille, *Le droit d’auteur*, p. 30 s.).

⁽⁵⁸¹⁾ Cfr. Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 146 (seguindo a doutrina de Desbois).

⁽⁵⁸²⁾ Art. L. 122-1/2/3/4 CPI (v., ainda, Bonet, *Code de la Propriété Intellectuelle*, p. 65 s.).

⁽⁵⁸³⁾ Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 7 (acentuando que “o escopo da lei, no que concerne aos direitos de utilização, não se restringe à garantia dos interesses patrimoniais do autor, antes englobando igualmente o lado moral ou pessoal, pelo que se poderá dizer, numa formulação compreensiva, que o sistema legal instituído tem em vista, neste domínio, assegurar ao autor um *controlo real* sobre a utilização da obra, independentemente da modalidade em jogo ou dos benefícios económicos dela resultantes.” — p. 8).

⁽⁵⁸⁴⁾ Sobre e figura do “direito de destinação”, devida em especial à tradição belga e francesa, v. Gotzen, *Het bestemmingsrecht van de auteur*, 1975; Poullaud-Dulian, *Le droit de destination*, 1989. Entende-se que este direito constitui um prolongamento do princípio da exclusividade do autor, uma vez que permite ao seu titular controlar a utilização da obra mediante divulgação, mas também dos exemplares da obra, quer no que respeita aos termos de publicação dos exemplares, quer relativamente às utilizações realizadas pelos respectivos adquirentes ou detentores (v., por ex., Lucas/Lucas, *Traité*, p. 236; Berenboom, *Le Nouveau Droit d’Auteur*, p. 115).

⁽⁵⁸⁵⁾ Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 10; Rebello, *Introdução*, p. 207

livre escolha quer do utilizador, quer das formas concretas de utilização” (583). Esta exclusividade de destinação (584) tem como corolário negativo o princípio da especialidade, independência ou autonomia (585), nos termos do qual “as diversas formas de utilização da obra são independentes umas das outras e a adopção de qualquer delas pelo autor ou pessoa habilitada não prejudica a adopção das restantes pelo autor ou terceiros” (art. 68.º, 4) (586). Vale isto por dizer que a exclusividade do gozo se exerce na conformação de cada forma concreta de utilização, não prejudicando o interesse do titular de direitos de participar na exploração económica que possa resultar de outras utilizações da obra (587).

Todavia, não se trata, ou não se trata apenas, de participação nas vantagens económicas (*stricto sensu*) extraídas da obra, mas antes da própria utilização da

(586) Um exemplo paradigmático do que fica dito encontra-se previsto no art. 103.º: se o autor tiver contratado “com um ou mais editores a edição separada de cada uma das suas obras mantém a faculdade de contratar a edição completa ou conjunta das mesmas”. Para mais exemplos previstos no Código de casos em que se evidencia o princípio da especialidade ou independência, v. Rebello, *Introdução*, p. 126-8 (de referir que o autor distingue as utilizações primárias, que corresponderiam às utilizações tipificadas, das utilizações secundárias, que corresponderiam a outras utilizações para além da inicial; esta terminologia não se confunde, porém, com o que denominamos utilidades primárias da obra, e que respeitam ao gozo intelectual da obra).

(587) Na Alemanha, onde, em comparação com outros países (por ex., França), o direito contratual de autor é considerado “rudimentar” (Dietz, *Urhebervertragsrecht*, p. 7, e 28, referindo-se à “Rudimentärregelung” dos §§ 31 *et seq.* UrhG), a doutrina explicitou o princípio do fim contratual (*Zweckübertragungsgrundsatz*) no sentido de o âmbito da autorização abranger todas, e apenas, as faculdades necessárias ao fim a que se destina a utilização da obra (v., por todos, Schweyer, *Die Zweckübertragungstheorie*, 1982). Trata-se de um princípio de direito de autor que opera ao nível do direito contratual “primário” (Dietz, *Das primäre Urhebervertragsrecht*, 1984), e que informa o regime jurídico das várias modalidades de contratos, incluindo o contrato de edição regulado em lei autónoma. Com efeito, “antes de mais vale na lei da edição (*Verlagsgesetz*) a *Zweckübertragungsregel* codificada no § 31(5)” UrhG (Bappert/Maunz/Schricker, *Verlagsrecht*, p. 42). Sustentou-se a este propósito que este princípio nem sempre jogaria em favor do autor, como se mostraria na discussão da exploração de antenas colectivas em que não se estaria em face de um novo acto de comunicação ao público, porque seria fim público da radiodifusão tornar os programas acessíveis a todos, um fim que o autor conheceria no momento da transmissão dos seus direitos às organizações de radiodifusão pública (cfr. Hübner, *Urheberrecht und zivilrechtliche Dogmatik*, p. 143).

Este princípio foi acolhido entre nós pelo Prof. Oliveira Ascensão através da doutrina da “cedência funcional”, nos termos da qual “numa autorização devem considerar-se compreendidas todas as utilizações que estejam necessariamente associadas àquela que se

obra, enquanto bem económico em si. Refere-se, a este propósito, a superação de um princípio tradicional de participação nos proveitos económicos de exploração da obra, por um outro “mais consentâneo com a natureza e o fim do direito de utilização”; sendo que, como princípio actualmente informador do direito de utilização, explicita a doutrina o princípio “de que ao autor é devida uma compensação económica *sempre que a obra é utilizada*, mesmo quando a utilização não gera qualquer benefício económico. Torna-se assim fundamental, nesta matéria, a ideia de que a remuneração do autor é independente do lucro ou proveito propiciado pela utilização da obra, em sintonia, aliás, com a compreensão do direito de exclusivo como poder de assegurar o controlo sobre o aproveitamento da obra, seja qual for o tipo de uso em causa” (588).

Vale isto por dizer que a mera utilização da obra é valorada como um acto económico juridicamente relevante em face do direito de autor. Acolhemos também este princípio que é formulado na doutrina germânica, em termos de que “ao autor assiste fundamentalmente a pretensão a uma compensação económica sempre que a obra é utilizada, também quando a utilização não gerar qualquer rendimento económico. [...] De facto, o imperativo constitucional da protecção da propriedade intelectual e da função económica, social e político-cultural do direito de autor só se realizará se forem concedidos ao autor direitos fundamentalmente em cada utilização da obra por valor acordado. Esta regra vale tanto para o legislador como para a interpretação do direito vigente; o princípio é em especial de tomar a peito no domínio das novas formas e técnicas de utilização” (589).

Assim, poderemos dizer que o direito patrimonial de autor consiste num direito disponível de gozo exclusivo da obra, que se projecta na configuração concreta das diversas formas de utilização, as quais, *inclusivé*, não terão que corresponder a exemplos constantes do catálogo. Socorrendo-nos da formulação do legislador suíço, diremos que “o autor ou a autora tem o direito exclusivo de determinar se, quando e como a obra é utilizada” (590).

6. Porém, não podemos prosseguir sem antes convocar a problemática crucial que o Prof. Oliveira Ascensão trata a propósito da natureza patrimonial deste direito.

autoriza”; isto significa, por um lado, que “o negócio autoriza, salvo cláusula em contrário, todos os actos que sejam necessários para a obtenção daquela finalidade”; e, por outro, que “o negócio não autoriza nenhuns actos que ultrapassem aquela finalidade” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 434-5). A nosso ver, este princípio poderá servir

Na verdade, assentando o direito patrimonial no exclusivo de utilizar a obra no todo ou em parte, daí não parece resultar necessariamente a sua patrimonialidade. Nas suas palavras, o “direito de utilizar em si nada tem de patrimonial [...], parecendo integrar antes as faculdades pessoais”; sendo que, “por natureza, não podemos falar de um direito de utilizar restrito ao autor. Uma vez quebrado o inédito qualquer um tem o direito de utilizar a obra. Assobia-se na rua uma canção, desenha-se uma estátua, recita-se José Régio... Tudo isto são, parece, utilizações da obra. [...] O que a lei reserva ao autor são formas de utilização pública da obra. O uso privado é por natureza alheio ao Direito de Autor [...] O que é reservado ao autor é a *utilização, aproveitamento ou exploração económica* da obra. [...] Um acto que não possa prejudicar em nada a exploração económica da obra é, por força da teleologia legal, um acto livre. [...] Da natureza do direito patrimonial de autor resulta já que o uso privado é livre. Qualquer um pode utilizar privadamente a obra, pois não se estende o monopólio de exploração ou utilização económica da obra; justamente porque não há utilização pública” (591).

Assim, poder-se-ia dizer que o exclusivo de utilização da obra deveria ser informado pela sua natureza patrimonial, em termos de abranger apenas os actos que afectassem a sua exploração económica, os quais seriam presumidamente limitados a utilizações públicas da obra. Por ser assim, o uso privado seria alheio ao direito de autor, constituindo, nessa medida, um acto livre. E, por isso, diz-nos o Prof. Oliveira Ascensão que o “princípio deveria ser formulado secamente: o uso privado é livre. Assim fez o § 53/1 da lei alemã. Também a lei francesa (art. 41.º/2) admite sem nenhuma reserva legal o uso privado não colectivo” (592). Vai mesmo mais longe e afirma que “o grande princípio do Direito de Autor é o da *liberdade do uso*

com utilidade, *maxime* quando as partes celebrem acordos que não se enquadrem nas formas típicas de utilização da obra; não obstante — *et pour cause* —, o seu conteúdo útil estará, entre nós, ‘codificado’ em grande medida nesses regimes especiais (inspirados no legislador francês, adiante-se), pelo que o princípio terá, aparentemente, um relevo menor do que no direito contratual de autor germânico.

(588) Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 9.

(589) Schricker, in Schricker, *Urheberrecht*, Einl., p. 58.

(590) Art. 10. URG :“Der Urheber oder die Urheberin hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird.”

(591) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 199-200.

(592) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 201-2.

(593) Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 338. Sobre o sentido e alcance do uso privado no direito comparado, v. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*,

privado” (593).

Este princípio parece ter sido acolhido pela magistratura no domínio da radiodifusão, sendo formulado como o “princípio de liberdade de recepção das emissões de radiodifusão que tenham por objecto obras literárias e artísticas [do qual] apenas se exclui a recepção transmissão envolvente de nova utilização ou aproveitamento organizados designadamente através de procedimentos técnicos diversos dos que integram o próprio aparelho receptor, como, por exemplo, altifalantes ou instrumentos análogos transmissores de sinais, sons ou imagens [...]” (594).

Não obstante, a existência no direito de autor do princípio da liberdade de uso na esfera privada foi contestada na doutrina. Teria tal princípio sido enunciado, sem que, todavia, tivesse sido objecto de qualquer justificação. Na verdade, sustentam o Prof. Ferrer Correia e Almeno de Sá: “Tal princípio pura e simplesmente não existe: ou a recepção se verifica *em privado*, e então estamos fora do âmbito tutelado pelo Direito de Autor, tratando-se de um evento juridico-autoralmente irrelevante; ou a recepção se verifica *em lugar público*, e então já nos encontramos em plena área de eficácia daquele Direito, tornando-se necessário o consentimento do autor para a comunicação em lugar público da obra radiodifundida” (595).

Parece, porém, que a recepção não será de todo irrelevante, quer porque poderá ser abrangida pela autorização de radiodifundir, quer porque poderá não ter sido autorizada. Com efeito, a proposição inicial é desenvolvida mais adiante, quando escrevem: “Em consonância com o já explicitado princípio da autonomia das formas de utilização, o consentimento dado pelo autor para radiodifundir só compreende a recepção privada da emissão por cada ouvinte — individualmente ou no respectivo círculo privado — no seu receptor. [...] Por outro lado, quando o autor dá o seu consentimento à radiodifusão da obra, apenas está a legitimar o acto de comunicação que se traduz em irradiar para o espaço sinais, sons ou imagens, não a autorizar que a obra seja apresentada ou comunicada em lugar público. É certo que aquela irradiação abre a possibilidade de a obra chegar até ao público em geral, isto é, tanto àqueles que captam a emissão em privado, como àqueles que a recebem num lugar público. Simplesmente, o alcance da autorização de radiodifundir concedida à estação emissora não se estende ao acto de recepção. O que está em jogo, nessa autorização, é exclusivamente o acto de emissão, a irradiação de sinais,

p. 299; Loewenheim, in Schricker, *Urheberrecht*, § 53, p. 707-8; Rehbinder, *Urheberrecht*, p. 189 s.; Hertin, *Urheberrecht*, p. 50-1; Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, p. 133

sons ou imagens, não já a sua captação, que pode nem sequer chegar a verificar-se. Por sua vez, a comunicação da obra em lugar público é já um *aliud* relativamente ao fenómeno da emissão e à própria captação privada, que é jurídico-autoralmente livre. O que agora se reserva ao autor é o direito de consentir que a obra radiodifundida seja vista ou ouvida em lugar acessível ao público” (596).

Ora, destas palavras parece resultar que a recepção não fará sequer parte do âmbito da autorização de radiodifundir, embora, ao mesmo tempo, se diga que é reservado ao autor o direito de consentir que a obra radiodifundida seja vista ou ouvida em lugar acessível ao público. Mas, como interpretar? Para que a obra radiodifundida possa ser vista ou ouvida em lugar acessível ao público necessário se torna que ela seja recebida nesse lugar, parece. Mas, se a autorização de radiodifusão não abrange o acto de recepção com que fundamento poderá o titular de direitos controlar que a obra seja vista e ouvida neste lugar acessível ao público? E, ao mesmo tempo, se a recepção é um *aliud* em relação à radiodifusão, como afastar então o princípio da liberdade de uso privado que justificará que a obra seja recebida individualmente em privado e aí seja vista ou ouvida.

Podemos colher resposta a estas questões ainda nas palavras do Prof. Ferrer Correia e Almeno de Sá. Dizem, na verdade, que: “Quando se fala em direito de autorizar a radiodifusão, o que está em causa, como ‘lugar de aplicação’ dos direitos de autor, não é a recepção, mas antes — e tão só — a *emissão* ou *irradiação*. Na verdade, como assinala Ulmer, a radiodifusão, enquanto acto de comunicação, deve distinguir-se das ‘instalações’ nas quais é tornada perceptível pelos sentidos: o conceito de radiodifusão abrange exclusivamente a emissão das ondas, não já a recepção. Quanto a esta, torna-se necessário proceder a uma distinção fundamental: se a recepção da obra radiodifundida tem lugar na esfera privada, então ela *não apresenta relevo autónomo* do ponto de vista jurídico-autoral; mas se, diversamente, a emissão televisiva ou radiofónica é transmitida num lugar público, então existe aí *um novo acto de comunicação* da obra, que está sujeito, por seu lado, a autorização do autor. É a esta comunicação que se chama, com rigor, ‘comunicação pública’ da emissão radiodifundida, o mesmo é dizer, da obra incorporada na emissão. [...] Simplesmente, o alcance de tal direito não se estende até ao evento da recepção: a captação da emissão pelo aparelho receptor já não cai, de facto, dentro da órbita do ‘direito de radiodifusão’, isto é, do exclusivo de autorizar a radiodifusão da obra. Se, por força do evento da recepção, se vem a realizar uma comunicação da obra às pessoas reunidas num lugar tido como acessível ao público, então isso constitui um novo acto de comunicação,

jurídico-autoralmente relevante, dependente do assentimento do autor; se a recepção da emissão vem a processar-se de modo inteiramente privado, então do que se trata é de um evento *livre* do ponto de vista do Direito de Autor. / Pode, pois, dizer-se que aquilo que o autor autoriza *não é*, rigorosamente, a *recepção* — seja ela pública ou privada dos programas emitidos, mas tão-só o facto de a estação radiodifusora *emitir sinais* que transportam programas ou obras protegidos pelo Direito de Autor. O que nos permite considerar que o elemento caracterizador do direito de radiodifusão é *o abrir da possibilidade de virem a ser captadas emissões que ‘transportam’ ou incorporam obras protegidas, com abstracção do acto de recepção ou da forma que este possa vir a revestir*” (597).

Concordamos com este entendimento, pois cada acto de comunicação ao público deverá ser autonomamente valorado. Porém, deverá referir-se que a possibilidade de recepção dos sinais emitidos não é de todo irrelevante para a definição do acto de comunicação ao público. Isto mesmo foi afirmado na definição do acto de comunicação ao público por satélite: “Se os sinais forem codificados, só há comunicação ao público por satélite se os meios de descodificação forem postos à disposição do público pelo organismo de radiodifusão ou com o seu consentimento” (598). Isto significa, portanto, que na definição do acto de comunicação ao público por satélite é essencial que o público possa captar os sinais emitidos. Este elemento de captação pelo público está presente nas definições de dois actos de comunicação ao público da máxima importância (599).

Além disso, será importante perguntar se da abstracção do acto de recepção ou da forma que este possa revestir poderá ser negada a existência de um princípio da liberdade de uso privado. Pois que não será este, justamente, o critério de delimitação negativa de cada acto de comunicação ao público? É por isso que, a nosso ver, o que se chama o princípio da liberdade do uso privado é antes um “limite imanente” (600) ao próprio direito e que se prende

s.; Desbois, *Propriété littéraire et artistique*, p. 70-1; Bertrand, *Le droit d’auteur*, p. 192 s.; Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 155 s., 167 s.; Ascarelli, *Teoria*, p. 741-2; Santilli, *Il diritto d’autore*, p. 210; Troller, *Immaterialgüterrecht*, II, p. 697 s.; Berenboom, *Le Nouveau Droit d’Auteur*, p. 122 s.; Strowel/Triaille, *Le droit d’auteur*, p. 43-4; Vega Vega, *Derecho de autor*, p. 134; Dietz, *El Derecho de autor*, p. 141-2; Marco Molina, *La propiedad intelectual*, p. 213-7.

(594) PGR, Parecer n.º 4/92, de 28 de Maio, p. 74.

(595) Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 8.

(596) Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 43.

com a sua ponderação com outros valores, *maxime* a privacidade. Neste sentido, é entendimento na ciência jurídica germânica que a “esfera privada é protegida de modo adequado nas regras legais contidas nos §§ 53, 54 UrhG” ⁽⁶⁰¹⁾, apontando-se a formulação lapidar do BGH na decisão fundamental “Bandaufnahme” de 18 de Maio de 1955, nos termos da qual: “Wäre es richtig, daß nach dem Grundgedanken des Urheberrechts die private Sphäre eine unüberschreitbare Schranke für die Nutzungsrechte des Urhebers und damit praktisch für seinen Vergütungsanspruch bildete, so würde der Urheber aus allen Werken, die vorwiegend für den Werkgenuß im privaten Bereich geschaffen werden, wie dies vor allem für die Werke der Literatur zutrifft, kaum noch wirtschaftliche Früchte aus seiner Arbeit ziehen können, sobald die Technik es dem Einzelnen ermöglicht, ohne besondere Kosten und Mühen Werkstücke im häuslichen Bereich selbst herzustellen, die einen einwandfreien Werkgenuß vermitteln und den gewerblich hergestellten Vervielfältigungsstücken gleichwertig sind. Schon diese Überlegung zeigt, daß es mit urheberrechtlichen Grundsätzen unvereinbar ist, anzunehmen, der Schutz der privaten Sphäre verbiete es schlechthin, dem Urheber ein Entgelt für seine Werkschöpfung zufließen zu lassen, wenn die Nutzung des Werkes sich ausschließlich im privaten Raum abspielt” ⁽⁶⁰²⁾.

Ora, assim sendo, e cremos que esta formulação da protecção da vida privada é correcta, a asserção segundo a qual a liberdade de utilização privada será o “grande princípio” do direito de autor suscita da nossa parte algumas reservas, afigurando-se-nos como algo difícil de sustentar. O direito de autor não se funda na liberdade de uso privado, antes cede perante o valor da protecção da vida privada. Tal entendimento é sustentável se partirmos do pressuposto de que a utilização das obras é livre, apenas sendo reservada a exploração económica (em sentido estrito) da obra, actual ou potencial.

Porém, em nosso juízo, isto é inverter a lógica do sistema. A utilização da obra parte do autor que a permite. Certas formas de gozo escapam ao seu controlo, no que se prende com a ponderação deste direito com outros valores do sistema. Mas, daí a converter estes outros valores num princípio do direito de autor, e logo fundamental, parece-nos ser uma operação analítica que inverte o prisma de análise. A razão de ser do direito de autor não é permitir o uso privado das obras. Esse é antes um limite do direito de autor, de

⁽⁵⁹⁷⁾ Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 20-1

⁽⁵⁹⁸⁾ Art. 4.º, 2, Decreto-Lei n.º 333/97, 27-11.

⁽⁵⁹⁹⁾ Art. 3.º Decreto-Lei n.º 333/97, 27-11. Se o acesso à comunicação for

importância, aliás, na delimitação dos actos relevantes de comunicação ao público. Por isso, o uso privado tem uma importância indelével.

Daí a convertê-lo na máxima do direito de autor já nos parece difícil de sustentar, pois que o “fim dos direitos de exploração é assegurar ao autor o controlo sobre a utilização da sua obra” (603). Mas com limites, designadamente, o autor não pode invadir a privacidade dos outros para garantir esse controlo. Por isso se diz que “por *utilização* entende a lei o *uso* activo da obra; o seu puro *gozo* receptivo é livre” (604). Fala-se num “sistema progressivo de envolvimento intermédio do consumidor final” e considera-se que se trata de um “limite imanente” ao direito de autor.

Contudo, daí a afirmar um princípio do direito de autor e, ainda por cima, fundamental, esse entendimento não podemos subscrever. Em harmonia com o princípio de que partimos, antes nos inclinamos para a concepção segundo a qual “não existe um princípio da liberdade do direito de autor na esfera privada” (605), tratando-se antes de um limite imanente ao direito de autor decorrente da ponderação dos interesses dos autores com outros valores do sistema.

7. Ora, tendo em conta a importância do uso privado como critério delimitador dos actos juridico-autoralmente relevantes, interessa considerar em que consiste o uso privado que se considera livre por não afectar a exploração económica da obra. A cópia privada será um exemplo de uso privado? E a comunicação da obra, que esse exemplar reproduz, num local privado?

Segundo a formulação do legislador suíço, as obras publicadas podem ser utilizadas para uso próprio, entendendo-se por uso próprio, em especial, cada

reservado a grupos fechados de utilizadores, então já não haverá comunicação ao público (v. White/Bate/Johnson, *Satellite Communications*, p. 320: “transmissions to closed user-groups are excluded.”).

(600) Schricker, *Urheberrechtliche Probleme des Kabelrundfunks*, 1986, p. 44 s., *apud* v. Ungern-Sternberg, in Schricker, *Urheberrecht*, § 15, p. 277.

(601) Mestmäcker/Schulze, *Kommentar*, § 16, p. 3.

(602) in Mestmäcker/Schulze, *Kommentar*, § 16, p. 3.

(603) Cfr. Ungern-Sternberg, in Schricker, *Urheberrecht*, § 15, p. 275.

(604) Hertin/Nordemann, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 15, p. 175.

(605) Cfr. Ungern-Sternberg, in Schricker, *Urheberrecht*, § 15, p. 277 (“Ein Grundsatz der Urheberrechtsfreiheit der privaten Sphäre besteht nicht. Zwar sind nichtöffentliche Werkwiedergaben urheberrechtsfrei, die private Vervielfältigung unterliegt jedoch dem

utilização da obra no domínio pessoal num círculo de pessoas estreitamente ligadas, como familiares ou amigos ⁽⁶⁰⁶⁾. Ora, entre nós, a reprodução é admitida, sem autorização do titular dos direitos, quando for feita para uso exclusivamente privado, na condição, porém, de não atingir a exploração normal da obra e de não causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor; acrescenta-se, ainda, pela negativa, que a utilização dessa reprodução não poderá ser feita para quaisquer fins de comunicação pública ou de comercialização (art. 81.º-*b*).

Assim, o uso privado justificaria, inclusivamente, a licitude de actos de reprodução. Todavia, já não seria admitida a sua utilização para fins de comunicação pública ou de comercialização ⁽⁶⁰⁷⁾. Este princípio é complementado pelo disposto no art. 108.º, 2, em que, independentemente de autorização do autor, permite-se a utilização da obra mediante comunicação sem fim lucrativo e em privado, num meio familiar, se a obra tiver sido divulgada por qualquer forma. Referida esta norma à disposição que lhe precede, parece que a utilização da obra por representação em lugar público ou privado, com ou sem fim lucrativo, cairia fora do âmbito do uso privado (art. 108.º, 1). Por outro lado, no domínio da radiodifusão, a lei define o lugar público como todo aquele a que seja oferecido o acesso, implícita ou explicitamente, mediante remuneração ou sem ela, ainda que com reserva declarada do direito de admissão (art. 149.º, 3). Esta definição integra, desde logo, a hipótese do preceito precedente que faz depender de autorização a comunicação da obra em qualquer lugar público, por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons ou imagens (art. 149.º, 2).

Ora, a comunicação da obra feita em privado num meio familiar referir-se-á, nas palavras de Luiz Francisco Rebello, ao “*domicilio familiar*, o

Urheberrecht und ist nur ausnahmsweise nach § 53 gestattet”).

⁽⁶⁰⁶⁾ Art. 19. URG “(Verwendung zum Eigengebrauch) Veröffentlichte Werke dürfen zum Eigengebrauch verwendet werden. Als Eigengebrauch gilt: a. jede Werkverwendung im persönlichen Bereich im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde.”

⁽⁶⁰⁷⁾ Como forma de compensação pela cópia privada, a lei prevê uma pretensão remuneratória (art. 82.º, 1), nos termos da qual os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores e os produtores de fonogramas e videogramas são beneficiários de uma compensação, devida pela reprodução ou gravação de obras, resultante de uma quantia a incluir no preço de venda ao público de aparelhos mecânicos e suportes materiais que permitam a sua fixação e reprodução (v. Rebello, *Introdução*, p. 147 s.).

⁽⁶⁰⁸⁾ Rebello, *Introdução*, p. 209, e, ainda, *Código Anotado*, p. 206, 211-2.

⁽⁶⁰⁹⁾ Ac. STJ, 11-03-1997, AJ 10(1998), p. 60 (“II — A comunicação de uma

que a jurisprudência francesa designa por ‘círculo de família’ e abrange não só as pessoas que constituem o agregado familiar propriamente dito como os respectivos convidados. [...] Conjugada esta norma com a definição de lugar público dada pelo art. 149.º, 2 [...] é possível extrair com segurança uma conclusão: todo o acto de comunicação que se efectua fora dum círculo familiar, seja qual for o modo pelo qual a obra é dada a conhecer, é considerado comunicação pública” (608). Em consonância, a nossa jurisprudência superior propende a delimitar a noção de lugar público por referência ao carácter privado da comunicação, firmando o critério segundo o qual a “comunicação é feita em lugar público sempre que não seja realizada em privado, num meio familiar” (609). Este critério correspondia à opinião do Prof. Ferrer Correia e Almeno de Sá, segundo a qual: “Salvo disposição especial em contrário, só está isenta de autorização do autor a comunicação da obra realizada sem fim lucrativo e em privado, num meio familiar” (610).

Parece assim que a utilização privada só será livre se efectuada num meio familiar. O intuito lucrativo dessa utilização e a existência de remuneração não

obra é feita em lugar público sempre que não seja realizada em privado, num meio familiar. III — A transmissão de música ambiente nas instalações do Banco do réu está dependente da autorização dos respectivos autores ou da sua representante.”). Em sentido contrário, v. Ac. Rel. Lisboa, 4-6-96, CJ, XX, III, p. 93 (“Não se pode considerar [...] como recinto público o espaço em que uma instituição bancária desenvolve a sua actividade, difundindo música através de instalação sonora, para ambientar os clientes que a ela recorrem.”). Noutras sentenças, a jurisprudência anterior parece ser consonante quanto ao conceito de lugar público, embora já divirja quanto a saber se a mera recepção se equipara a um acto de comunicação: em sentido afirmativo, v. Ac. Rel. Coimbra, 20-4-94, CJ, XVII, II, p. 315 (“I — A mera recepção de emissão de radiodifusão ou de TV, em qualquer lugar público, consubstancia um acto de comunicação dependente de autorização dos autores das obras apresentadas, que têm direito a remuneração, para além da que lhe é atribuída pelo emissor. II — Assim, preenche o crime de usurpação [...] a conduta do arguido que, no seu estabelecimento de café, aberto ao público em geral, exhiba, através de um aparelho de TV, obras que estavam a ser difundidas, sem autorização dos seus autores e sem ter pago a estes ou à S.P.A. qualquer retribuição.”); em sentido negativo, v. Ac. Rel. Porto, 8-3-95, CJ, XX, II, p. 224 (“I — São lugares públicos [...] restaurantes, hotéis, pensões, cafés e outros estabelecimentos similares. IV — A comunicação feita directamente entre a estação de televisão emissora e o público, sem que o dono do estabelecimento tenha tido nela qualquer intervenção, não integra aquele crime [usurpação].”), Ac. RE, 4-6-96, CJ, XXI, III, p. 289 (“[...] o mero acto de, em lugar público, pôr em funcionamento um televisor não integra o referido conceito; daí que um proprietário de um bar, que nele possua um aparelho no qual, sem autorização dos seus autores, se esteja a ver um filme, transmitido por um canal de televisão, não comete o crime de usurpação [...]).”)

seriam determinantes, servindo apenas para excluir do âmbito do uso privado admitido a utilização da obra com fim lucrativos. Poder-se-ia, assim, dizer que “o uso privado e destituído de fins privativos escapa ao Direito de Autor, embora a lei o rodeie de certas cautelas, designadamente em matéria de representação, destinadas a evitar que a finalidade do instituto venha a ser defraudada ou pervertida” (611), pois que, em suma, só ao autor estaria reservada “a faculdade de fazer dinheiro através da obra” (612).

Todavia, isso permitiria sustentar que a noção de uso privado não deixa de prender-se com o gozo intelectual que as faculdades primárias da obra proporcionam, sendo que este só seria permitido sem autorização do autor num meio familiar e sem fins lucrativos. Depois, fora desse meio familiar, e quer se realizasse em lugar público ou privado, com ou sem intuito lucrativo, a utilização da obra já seria considerada pública, caindo, portanto, fora do uso privado.

Assim, poderíamos concluir com as palavras do Prof. Oliveira Ascensão: “A lei, para reservar ao autor o aproveitamento económico da obra, torna sujeitas a autorização dele formas de utilização *pública*, independentemente da verificação em concreto da existência de uma remuneração. Basta-se com a caracterização do acto como potencialmente lucrativo. [...] Não se pode identificar utilização em lugar privado com uso privado. A utilização privada é livre. A representação em lugar privado que se prevê é a representação *pública* em lugar privado” (613).

Não obstante, isto leva-nos a perguntar em que consistirá a representação pública em lugar privado. O intuito lucrativo conferirá natureza pública ao acto? Mas considera-se representação pública a utilização da obra em lugar privado, mesmo que sem entradas pagas e sem fim lucrativo. Ora, recordando o princípio informador do direito de utilização explicitado pela doutrina, “ao

(610) Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 29, 61.

(611) Rebello, *Introdução*, p. 154.

(612) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 202 (por esta e outras razões, escreve, numa linha crítica de política legislativa: “Não se pode deixar de lamentar a ganância dos inspiradores da lei na limitação destas faculdades, esquecendo finalidades sociais, culturais, humanitárias e outras que mereceriam ser acarinhadas. Fica assim a lei portuguesa muito aquém de leis estrangeiras. Tudo proíbe, com a preocupação mercantilista de evitar fraudes ou diminuição de lucros.” — p. 204)

(613) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 202-3.

(614) Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 9.

(615) O Prof. Oliveira Ascensão propõe um critério de distinção consonante com o princípio de que parte: o carácter público da utilização da obra estaria na organização do

autor é devida uma compensação económica sempre que a obra é utilizada, mesmo quando a utilização não gera quaisquer benefícios económicos” (614).

Mas, isto leva-nos a perguntar de novo em que é que consiste a utilização da obra abrangida pelo direito de autor. Antecipando a conclusão, parece que o critério radica no círculo de pessoas que podem ter acesso ao gozo intelectual das utilidades primárias que a obra proporciona, em termos de o uso privado ser restrito à reserva do meio familiar ou análogo. Todavia, apesar de ali não ser irrelevante o intuito lucrativo, já se exige agora que a utilização da obra num meio familiar seja feita sem fim lucrativo. Só assim se poderá falar, entre nós, de uso privado livre (615).

Acresce que estas formas de utilização inscrevem-se no chamado direito de comunicação ou de apresentação incorpórea da obra. Sendo que esta via

acto, porque os actos espontâneos não seriam, nem sequer potencialmente, adequados à exploração económica da obra. A nota da espontaneidade do acto tornaria irrelevante a utilização da obra, independentemente do lugar em que se realizasse. Na verdade, para reservar ao autor a exploração económica da obra, deveriam ser abrangidos, *inclusive*, actos praticados a título gratuito. Mas para serem relevantes, isto é, para serem susceptíveis de afectar essa exploração económica deveriam apresentar uma nota de organização, que preparasse a comunicação da obra ao público, ainda que em lugar privado e sem intuito lucrativo. Pelo que, cairiam fora desse âmbito os meros actos espontâneos. Assim, por ex.: “A mulher que canta enquanto lava no rio está fazendo uma utilização pública, mas não está seguramente violando o direito de autor” (v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 278-80).

Em harmonia com o que dissemos, nestes casos dá-se o gozo intelectual que as faculdades primárias da obra proporcionam, quer para a mulher que canta à beira do rio, quer para as pessoas que a ouvem. Em sentido amplo, trata-se de uma utilização económica da obra. Esta forma de utilização não consta do catálogo das utilizações livres, que seriam admitidas por força da lei. Por outro lado, parece não se tratar de uma comunicação feita num meio familiar, apesar da comunidade de vida em que se situa. O critério da espontaneidade, porém, torná-la-ia irrelevante, em razão da “destinação funcional do direito”. Estar-se-ia perante casos de uso privado admitidos fora do meio familiar. Mas vamos imaginar que uns turistas passam à beira do rio e ouvem a senhora cantar; agradecidos pelo gozo intelectual que lhes proporciona, dão-lhe dinheiro; a mulher aceita; e continua a cantar todos os dias espontaneamente, seja por prazer, seja para “libertar os males da alma”; os turistas continuam a vir, uns retribuem, outros são menos generosos. *Quid iuris?*

Não deixa de haver aproveitamento económico *stricto sensu*, apesar de o acto ser praticado espontaneamente. Em abstracto, a espontaneidade do acto parece torná-lo irrelevante. Porém, em concreto, poderá verificar-se esse aproveitamento. Pelo que o critério não poderá ser decisivo. Aliás, mesmo que em nenhum caso se pudesse afirmar essa susceptibilidade de aproveitamento económico, seria discutível se o art. 108.º, 1, não

torna possível o gozo intelectual que as utilidades primárias da obra proporcionam. Em ordem a permitir o gozo privado, isto é, num meio familiar, a lei permite, em certos termos, a reprodução de obra para uso exclusivamente privado. Assim, a reprodução afecta já o direito de gozo exclusivo que se reserva ao autor, ainda que, só por si, não proporcione esse gozo. Acresce que a reprodução só virtualmente poderá ser considerada uma forma de utilização pública da obra, uma vez que poderá tornar acessível o gozo das suas utilidades primárias através dos exemplares em que é reproduzida (por ex., na edição).

Neste sentido, diz-nos o Prof. Oliveira Ascensão que: “A lei alemã distingue exploração corpórea da obra e da comunicação em forma incorpórea (§ 15). É um avanço mas [...] há formas pelas quais se procede directamente ao aproveitamento da obra, enquanto que as outras são instrumentais em relação a esse aproveitamento. Pelas primeiras se concretiza o exclusivo de exploração económica da obra; enquanto que as segundas não são exploração em si, mas são apenas preparatórias desta. / Assim, uma exposição proporciona o gozo da obra; mas não a reprodução, que é meramente preparatória desse momento []final. [...] Costuma dizer-se que são reservadas as utilizações *públicas* da obra. Mas verdadeiramente, o qualificativo só se ajusta à primeira categoria, a exploração económica da obra. Os actos que forem meramente instrumentais podem fazer-se sem publicidade. O que interessa é que essas formas de utilização são abstractamente preparatórias duma utilização pública. Por isso a lei, para maior garantia, logo as reserva ao autor” (616).

8. Deste modo, parece que a utilização da obra relevante em direito de autor será, em primeira linha, aquela que possibilita o gozo da obra ao nível das suas faculdades primárias. É sobre este gozo potencial que incide o direito

abrangeria essa forma de utilização pública, uma vez que o fim lucrativo não é definitivo da relevância do acto, excepto, nos termos do n.º 2, se praticado num meio familiar. A nosso ver, estas utilizações não estão excluídas do âmbito do direito exclusivo, sendo por isso, em abstracto, reservadas ao titular do direito. Todavia, em concreto, o exercício do direito poderá revelar-se abusivo por contrariedade aos bons costumes, mais até do que ao fim económico e social do direito (art. 334.º CCiv). Na verdade, o instituto do abuso do direito poderá funcionar em termos semelhantes à doutrina do *fair use* no sistema de *copyright*.

(616) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 206-7.

(617) Será interessante referir que, nesta lógica, Luiz Francisco Rebello, considerando que o art. 123.º, 2, permite a recitação ou execução, por solicitação insistente do público, de obras não incluídas no programa do recital, entende que estas utilizações permitidas

de autor, cabendo ao autor escolher livremente os processos e as condições de utilização (e exploração) da obra. Gozo esse que, a nosso ver, tem uma dimensão económica inelutável, uma vez que a obra é considerada como um bem presumidamente apto à satisfação de necessidades. Por isso, o direito de autor permite a redução do gozo intelectual que as utilidades primárias da obra proporcionam a um equivalente pecuniário ⁽⁶¹⁷⁾. Nisso radica a sua patrimonialidade.

Por outro lado, a natureza incorpórea da obra permite múltiplos e diversos gozos simultâneos. Sendo que, para além das utilidades primárias, a obra tem ainda utilidades secundárias ou mercantis. Trata-se de actos que compossibilitam o gozo das utilidades primárias pelo público. E, por isso, o direito de gozo exclusivo integra, de um modo geral, os direitos de reprodução e distribuição (por ex., na edição) e de comunicação ao público (por ex., na emissão de radiodifusão). São faculdades patrimoniais, uma vez que o autor pode exigir um equivalente pecuniário por estas formas de utilização intermediária. São, todavia, faculdades instrumentais, uma vez que, ao invés de consubstanciarem o gozo das faculdades primárias da obra, apenas o compossibilitam. São, por isso, formas de exploração económica da obra em sentido estrito.

O que permite compreender que esta actividade intermediária está, em princípio, reservada ao autor, pois que afecta, ainda que virtualmente, o seu direito de gozo exclusivo. E isto permite compreender, ainda, que, assim como estas formas preparatórias ou instrumentais só virtualmente afectam o direito de gozo exclusivo, o mesmo se passa ao nível da sua utilização final. Não interessa ao direito de autor se as pessoas autorizadas a gozar a obra a gozam efectivamente. Não interessa ao direito de autor se o adquirente de um livro editado licitamente apenas se serve dele para fins de decoro, ou se o espectador de um programa audiovisual radiodifundido licitamente adormece durante a sua emissão. Para o direito de autor, a omissão é irrelevante. Por outras palavras, ao direito de autor interessará apenas o gozo da obra em potência, já não em acto. E é por isso que ao autor é reservado o exclusivo do gozo potencial das faculdades primárias da obra, determinando quem, como e quando *pode* gozar a obra.

Ora, os actos preparatórios ou intermediários afectam potencialmente esse gozo, pelo que estarão, em princípio, reservados ao autor. Acresce que a dimensão patrimonial deste direito significa que, em princípio, é ao autor que compete decidir quem, como e quando pode explorar a obra em termos económicos *stricto sensu*. Assim, por ex., uma autorização tradicional de radiodifusão implica que o autor não poderá impedir que a sua obra seja

gozada individualmente pelos diversos membros do público que constituem a audiência desse programa, qualquer que ela seja. É um acto que potencia múltiplos gozos simultâneos da obra, os quais estão subtraídos ao regime da autorização individual, uma vez que a autorização de radiodifusão abrange os gozos individuais que essa forma de exploração torna possíveis. Todavia, os testes de audiência poderão ser utilizados para aferir os resultados desta forma

“deveriam ser temperadas pela atribuição ao autor de uma remuneração, pois, embora se compreenda a sua inexigibilidade de consentimento prévio, não há razão lógica para que o autor do poema recitado, da canção executada ou da fotografia reproduzida seja privado da remuneração correspondente à efectiva utilização da sua obra” (Rebello, *Introdução*, p. 215-6). Não está afastado que, em muitos casos, seja necessária a intervenção de representante para proceder à respectiva colecta. Este caso sugere, aliás, uma forma tradicional de interactividade, a que se juntariam outras como, por ex., a música a pedido na rádio.

(⁶¹⁸) Ao titular dos direitos assiste, apenas, uma pretensão remuneratória pela comunicação pública de obra radiodifundida, não sendo necessária a sua autorização. Trata-se, portanto, de uma licença legal que derroga o direito exclusivo de comunicação ao público previsto no art. 68.º, 2-ª, e no art. 149.º, 2. Note-se que a comunicação ao público de obra radiodifundida distingue-se do acto de recepção. Nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão, “a recepção de emissões de radiodifusão é livre. Mas se alguém comunica ao público um programa de rádio através de altifalantes ou outro instrumento de transmissão, está a fazer uma nova utilização, e portanto atinge o direito patrimonial do autor. Mas é sempre uma transmissão que está em causa, e não a mera recepção. [...] A recepção em hotéis, meios de transporte e outros lugares públicos é livre. Mas temos de distinguir o que é recepção do que já é comunicação pública. / Ou seja, há que distinguir consoante o hotel se limita a proporcionar a recepção, que é livre, ou recorre a processos técnicos, de maneira a proporcionar uma outra utilização. No segundo caso, a emissão recebe um novo impulso, é transmitida ela própria através da utilização de altifalantes ou aparelhos análogos.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 311). Parece-nos que este critério de definição de comunicação pública de obra radiodifundida não se afigura tão “equivocado” com *prima facie* se possa julgar (v. Rebello, *Introdução*, p. 210). Não obstante — *et pour cause* —, deverá ser temperado com duas considerações. Primeiro, o simples proporcionar a recepção fora de um meio familiar excluirá esta utilização do uso privado livre, pois que estará a constituir “um *concreto e específico público*, ao qual [...] se *oferece a transmissão de programas de estações emissoras*” (Ferrer Correia/Almeno de Sá, BFD 1994, p. 33). Integrará tal caso a hipótese do art. 155.º, que estatui ser devida uma remuneração ao autor, embora não seja necessária a sua autorização. Depois, a “liberdade” de uso privado parece ditar que se esses actos forem realizados em privado, num meio familiar e sem intuito lucrativo, tratar-se-á de comunicação privada e não pública. Pelo que a recepção da obra nessas condições, ainda que tecnicamente seja equiparável a um acto de transmissão, cairá fora da noção de comunicação pública.

Note-se, por outro lado, que a recepção torna possível o gozo que as utilidades

de exploração, o que é importante quer como critério da remuneração convencional, quer em sede de pretensões remuneratórias.

Acresce que a autorização de radiodifusão destina-se, tradicionalmente, a permitir o gozo da obra em privado num meio familiar. Nessa medida, será livre, a menos que seja feita com intuito lucrativo. Por ex., numa comunidade de habitantes não ligados entre si por laços familiares, ou análogos, é utilizado colectivamente um aparelho televisivo, que capta a emissão de sinais de radiodifusão; há aqui uma forma de gozo potencial de obras que, embora seja feita em privado, cairá fora do uso privado livre, parecendo entrar na categoria da comunicação pública de obra radiodifundida, pela qual é devida

primárias da obra proporcionam. Pelo que, ainda que feita em privado, num meio familiar, já será equiparável a comunicação pública se efectuada com fins lucrativos. A nossa jurisprudência superior parece não ter considerado este último elemento na definição de comunicação privada (Ac. STJ, 11-03-1997: “II — A comunicação de uma obra feita em lugar público sempre que não seja realizada em privado, num meio familiar.”). Trata-se, é verdade, de hipótese de difícil concretização, mas que a lei contempla. Pense-se, por ex., na comunicação em privado, num meio familiar, de uma obra radiodifundida no sistema de assinatura, que é feita através de dispositivos ilícitos de descodificação. Esta comunicação não será feita com fins lucrativos, traduzidos no não pagamento da assinatura necessária para poder gozar as obras transmitidas naquele sistema? Cairá este gozo fora do exclusivo do titular dos direitos ou, ao menos, da pretensão remuneratória consagrada no art. 155.º? Em suma, será esta “recepção” livre, apesar de feita em privado num meio familiar? Não existirá intuito lucrativo na não realização de uma despesa de outro modo necessária para ter acesso a obras comunicadas por esse meio? E, num outro prisma, o dono de um café que utiliza a televisão para seu uso privado e da sua família que aí trabalha, carecerá de autorização ou, ao menos, deverá pagar por esta forma de utilização, assim como paga, por ex., pela água e luz? Pela positiva, dir-se-ia que o dono do café, mesmo que não o quisesse, aproveitar-se-ia indirectamente da televisão. Ou seja, o dono do café poderia aumentar as receitas por causa da televisão, mesmo que não fosse essa a sua intenção. E, por isso, não a deveria colocar em local acessível “ao olho e ao ouvido” dos clientes, podendo, quando muito, tê-la em lugar, diríamos, escondido do público. Uma outra pergunta: os hospitais públicos estão obrigados a pagar “direitos de autor”? A tal não parece obstar o “*princípio da irrelevância de fim lucrativo*” da utilização, nem a “exclusão do uso privado”, que funcionará “apenas em relação à intimidade do lar” (Rebello, *Introdução*, p. 211).

Ou seja, em face do nosso regime legal, sentimos algumas dificuldades em sustentar que a liberdade do uso privado seja o grande princípio do direito de autor. Parece, aliás, que este só é admitido quando em causa estão outros valores fundamentais em balanço, como sejam o direito à privacidade. Sendo que, à semelhança do que se passa com outras formas de utilização livre, o regime legal parece ser orientado pelo critério de que tais utilizações não deverão ser de molde a afectarem a normal exploração da obra nem a causarem prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Numa óptica de

uma remuneração ao autor (art. 155.º) ⁽⁶¹⁸⁾. Parece-nos, todavia, que deveria valer aqui o mesmo princípio que se afirma em sede de comunicação pública de obra radiodifundida: “se o autor permitiu a difusão indiscriminada da obra, através da radiodifusão, nenhuma razão há para submeter ao seu critério esta pequena difusão que resulta da comunicação pública da obra radiodifundida” ⁽⁶¹⁹⁾.

Depois, a liberdade de uso privado decorre, em larga medida, da ponderação prática dos interesses do autor com outros valores comunitários, quais sejam o direito à privacidade. Estão em colisão dois direitos, que a lei harmoniza subtraindo ao direito de autor a utilização privada da obra nas referidas circunstâncias. E é por isso que, para uso privado também, se

política legislativa e de *iure condendo*, poder-se-á criticar “a ganância dos inspiradores da lei”, fazendo nossas as palavras do Prof. Oliveira Ascensão (*Direito de Autor*, p. 204). Todavia, de *lege data*, parece-nos que só por recurso a adequados cânones metódicos jurisprudenciais e a institutos como o abuso de direito poderá ser refreada a “ganância” que se ostenta sob o *dura lex, sed lex*.

⁽⁶¹⁹⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 312.

⁽⁶²⁰⁾ A conclusão a que chegámos em sede de uso privado não significa, acentue-se, nenhum ‘incitamento’ à repressão penal destas condutas por via do tipo legal de crime de usurpação, nem à apreensão de coisas relacionadas com a prática do crime [v., a propósito dos termos algo duros em que, por vezes, a jurisprudência lança mão destas medidas de apreensão, Ac. Rel. Évora, 7-4-92, CJ, XVII, II, p. 315: “I — A condenação pelo crime de usurpação [...] (emissão pública, não autorizada, de programas vídeo-gravados) acarreta a perda do televisor e do aparelho de vídeo utilizados, bem como a transmissão das cassetes transmitidas, quer estas tenham sido legalmente adquiridas, quer sejam ‘piratas’. II — A suspensão da pena imposta por esse crime não abrange a perda dos mencionados aparelhos nem afasta a obrigatoriedade legal de se proceder à referida destruição.”].

Um problema que se poderá pôr, em sede de responsabilidade criminal, é saber se a concretização do tipo legal de crime de usurpação deverá efectuar-se mediante a técnica dos “exemplos-padrão”, tendo em conta que o direito de utilização é definido através de uma cláusula geral densificada através de um catálogo exemplificativo, que não taxativo, de tipos de utilização da obra. De acordo com uma proposta de modelo doutrinal sobre a constitucionalidade da protecção penal do direito de autor (Jorge Miranda/Pedrosa Machado, *Constitucionalidade*, p. 44-5, 50-1), pensamos que uma interpretação destes tipos legais de crime em conformidade com a Constituição, afastará, por certo, a relevância criminal de tais actos: apesar de, abstractamente, ainda caberem na cláusula geral do direito de utilização, não correspondem a “formas de utilização expressamente descritas” no Código (por ex., edição, produção, radiodifusão, etc.), sendo que a sanção penal só intervém em *ultima ratio*, em termos de ser exigida, em virtude dos princípios em causa, “uma tutela particularmente energética” (Oliveira Ascensão, *Direito penal de autor*, p. 28-9). Nessa medida, não será de concretizar a cláusula geral por recurso à técnica dos “exemplos-padrão” proposta em sede de homicídio qualificado, devendo antes mobilizar-se

admite a cópia privada, em certos termos ⁽⁶²⁰⁾.

9. Esta lógica não é afastada pelo regime das diversas modalidades de utilização previstas no capítulo relativo às utilizações em especial. Por um lado, a exclusividade do gozo parece ser estranha a uma taxatividade dos modos de utilização, embora admita, para efeitos de regime, a sua tipicidade. São as utilizações previstas e reguladas especialmente no Código, em confronto com o regime geral das autorizações de utilização. Por outro lado, o regime destas formas típicas de exploração da obra impõe determinados limites ao direito de gozo exclusivo, *maxime* ao nível do controlo do aproveitamento das suas utilidades secundárias ou mercantis.

Na verdade, a análise, ainda que *brevis causa*, destes tipos legais de utilização permite-nos detectar a existência no Código de outros agentes, *maxime* empresas, que exploram obras protegidas pelo direito de autor ⁽⁶²¹⁾, gozando de protecção especial ao abrigo do regime destas utilizações típicas. O efeito comum destes regimes é, em princípio, retirar ao autor a possibilidade de controlo individual do gozo das utilidades primárias da obra.

Via de regra, estes regimes consagram formas de exploração das obras em massa, retirando ao autor a possibilidade de controlar a relação individual entre o utilizador final e a sua obra. Em princípio, qualquer pessoa poderá comprar os livros, incluindo publicações periódicas, filmes ou discos editados, qualquer pessoa poderá assistir aos espectáculos públicos, às exposições cinematográficas e às emissões de radiodifusão, qualquer pessoa poderá visitar uma exposição de obras de arte. A obra torna-se, portanto, acessível ao público, e o autor deixa, em princípio, de poder controlar o gozo que as suas utilidades primárias proporcionam. Partilhou, por via dos intermediários, o direito de gozo exclusivo que lhe era reservado. Gozo exclusivo esse que é originariamente atribuído ao autor, pelo simples facto da criação, mas que, uma vez a obra saída do inédito, poderá passar a pertencer ao cessionário, legal ou

o princípio da interpretação conforme à constituição (sob pena, aliás, de, como diz o Prof. Oliveira Ascensão, não sem alguma ironia, serem postos “em nível paralelo na escala penal o parricídio e a violação do direito de autor e dos direitos conexos” — *Direito penal de autor*, p. 12). Todavia, o que se diz poderá não ser, de todo, irrelevante ao nível dos pressupostos da responsabilidade civil e, subsidiariamente, do enriquecimento sem causa, que não são afastados pela irrelevância criminal do facto (sobre o ponto, numa abordagem de direito comparado, v. Graffenried, *Urheberrechtsverletzungen*, 1993).

⁽⁶²¹⁾ 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

contratual, dos direitos.

O titular do direito disponível de gozo exclusivo poderá, ou não, partilhar, gratuita ou onerosamente, a obra com outras pessoas. Poderá não o fazer, reservando a obra só para si. Mas poderá, fazê-lo, explorando-a, directa ou indirectamente, isto é, permitindo a sua utilização por outras pessoas. Directamente, quando o gozo das utilidades primárias da obra é proporcionado pelo próprio titular de direitos. Indirectamente, quando concede a terceiros

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).

⁽⁶²²⁾ Por ex., art. 95.º (o editor pode fazer algumas modificações à obra) art. 100.º, 1 (a transferência dos direitos emergentes do contrato de edição não carece de autorização do autor em caso de trespasse do estabelecimento).

⁽⁶²³⁾ Por ex., art. 116.º (pode dar a conhecer obra inédita antes da primeira representação para efeitos publicitários), art. 117.º (necessidade de autorização do empresário para que a representação, total ou parcial, da obra possa ser transmitida pela radiodifusão sonora ou visual, reproduzida em fonograma ou videograma, filmada ou exibida). Esta última faculdade parece configurar-se, mesmo, como um direito conexo. Como escreve o Prof. Oliveira Ascensão, “É um direito conexo [...] não é sequer um direito contratual, não caracterizando portanto a situação do empresário como parte no contrato. [Trata-se do] direito ao espectáculo [cujo] fundamento é a prestação empresarial organizativa e financeira de quem torna possível o espectáculo.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 461, 590, 592).

⁽⁶²⁴⁾ Por ex., arts. 125.º, 2, e 127.º, 1 e 2 (a autorização, expressa ou implícita, de exibição, que, em princípio, resulta da própria autorização para a produção cinematográfica, confere ao produtor “o exercício dos direitos da exploração económica da obra cinematográfica”), art. 127.º, 5 (“não carece de autorização do autor a difusão de obras produzidas por organismo de radiodifusão sonora ou audiovisual, ao qual assiste o direito de as transmitir e comunicar ao público, no todo ou em parte, através dos seus próprios canais transmissores”), art. 128.º (a autorização para produção cinematográfica implica, em princípio, “concessão de exclusivo”), art. 133.º (o produtor pode “transferir a todo o tempo para terceiro, no todo ou em parte, direitos emergentes do contrato, ficando, todavia, responsável para com os autores pelo cumprimento pontual do mesmo”).

⁽⁶²⁵⁾ Por ex., art. 141.º [a autorização de fixação habilita a entidade que a detém a fixar a obra e a reproduzir e vender os exemplares produzidos — note-se que, de acordo com a nossa jurisprudência superior, a autorização de fixação atribuiria ao produtor o direito de distribuição dos exemplares reproduzidos (Ac. STJ, 51-5-96, CJ, IV, II, p. 78: “I — Só depende de autorização de autor de obra fonográfica, a respectiva ‘fixação’.

autorizações de exploração intermediária. Na medida em que esses actos de autorização sejam subsumíveis a tipos de actos previstos e regulados, ficará sujeito ao respectivo regime.

Ora, a nota comum destes regimes é, partindo das obras como valores de exploração económica, atribuir ao intermediário o controlo da sua utilização junto do público consumidor e proteger interesses empresariais, concedendo por vezes, de forma “disfarçada”, direitos conexos no seio desses regimes, e instituindo licenças legais e compulsivas. Assim é, sumariamente, para as empresas editoras ⁽⁶²²⁾, para as empresas de espectáculos públicos ⁽⁶²³⁾, para os produtores de obras audiovisuais ⁽⁶²⁴⁾ e das chamadas obras fonográficas

A distribuição subsequente depende apenas de autorização do respectivo produtor. II — Assim, improcede a acção movida contra o distribuidor por pretensa responsabilidade civil por alegada falta de autorização do autor, já que essa distribuição não dependia de tal autorização, mas apenas da entidade ‘fixadora.’”); todavia, a lei consagra apenas a faculdade de vender os exemplares produzidos e já não, por ex., o aluguer, que é também uma forma de distribuição; ao produtor assiste, é verdade, o direito conexo de distribuição ao público de cópias de fonogramas e videogramas, como decorre do art. 184.º, 4; porém, como a tutela dos direitos conexos em nada afecta a protecção dos autores sobre a obra utilizada (art. 177.º), parece que a distribuição dos exemplares na forma de aluguer não decorrerá da autorização de fixação, sendo necessário um acordo especial nesse sentido], art. 141.º, 4 (a compra de um fonograma ou videograma não atribui ao comprador o direito de os utilizar para quaisquer fins de execução ou transmissão públicas, reprodução, revenda ou aluguer com fins comerciais), art. 144.º, 1 (a obra musical e o respectivo texto que tenham sido objecto de fixação fonográfica comercial sem oposição do autor podem voltar a ser fixados), art. 145.º (desnecessidade de autorização em caso de trespasse do estabelecimento).

⁽⁶²⁶⁾ Por ex., art. 150.º (desnecessidade de consentimento especial do autor para cada comunicação ou radiodifusão se a obra tiver sido objecto de fixação para fins de comercialização com a sua autorização, abrangendo expressamente a respectiva comunicação ou radiodifusão sonora ou visual), art. 152.º, 2 (podem fixar as obras a radiodifundir, mas unicamente para uso das suas estações emissoras, nos casos de radiodifusão diferida), art. 153.º, 1 (a autorização para radiodifundir uma obra é geral para todas as emissões, directas ou em deferido, efectuadas pelas estações da entidade que a obteve, ainda que o autor tenha direito a remuneração por cada transmissão).

⁽⁶²⁷⁾ Art. 19.º, 3 (os jornais e outras publicações periódicas presumem-se obra colectiva), art. 174.º, 2 (o autor de trabalho jornalístico produzido em cumprimento de contrato de trabalho não pode, sem autorização da empresa, publicá-lo em separado antes de decorridos três meses sobre a data em que tiver sido posta a circular a publicação em que haja sido inserido).

⁽⁶²⁸⁾ Acresce que, de um modo geral estas empresas poderão utilizar trabalho de tradução para além dos limites estabelecidos sem autorização do tradutor, embora devam prestar-lhe uma compensação suplementar (art. 170.º). No caso de obra fotográfica

e videográficas ⁽⁶²⁵⁾, para as empresas de radiodifusão ⁽⁶²⁶⁾ e outras empresas de comunicação social ⁽⁶²⁷⁾ ⁽⁶²⁸⁾.

Refira-se, ainda, que à protecção de que estas empresas beneficiam já em sede destes regimes especiais de utilização ⁽⁶²⁹⁾, acresce aquela outra que a certas entidades é atribuída por via de direitos conexos, em especial, os produtores de fonogramas ou filmes, e as entidades de radiodifusão, tudo indicando que o chamado direito *sui generis* instituído pelo legislador comunitário em favor dos produtores de bases de dados venha juntar-se a esta categoria de direitos.

10. Por outro lado, o direito de gozo exclusivo sofre determinados limites decorrentes das regras da utilização livre. Estas limitações não decorrem do uso privado nem da sujeição a um tipo de utilização por via negocial, mas antes são impostas pelo interesse geral da comunidade, denotando os fins sociais que informam o direito de autor. Distinguem-se das licenças legais e compulsivas, pois que, dizendo-o com Luiz Francisco Rebello, “enquanto a lei dispensa a autorização nos casos em que declara a liberdade de utilização da obra, concede-a em substituição do autor no caso das licenças: na primeira hipótese, a autorização é desnecessária; na segunda, não, mas é a própria lei, em lugar do autor, quem a outorga” ⁽⁶³⁰⁾.

Com efeito, em determinados grupos de casos o interesse geral justifica que a utilização de obras seja lícita sem necessidade de autorização do autor quando se destine a, *grosso modo*, fins de informação, arquivo, ensino, investigação científica e crítica (art. 75.º). Fala-se a este propósito em limitações ou até excepções ao direito de autor. Porém, segundo o melhor entendimento, “as utilizações livres não devem ser consideradas excepções, no sentido substancial. O Direito de Autor realiza a conciliação de interesses públicos e privados, de regras de cultura com preocupações de remuneração do autor [...] Em consequência, as regras que trazem limites não são regras excepcionais, em sentido material, e nomeadamente não estão excluídas aplicações por analogia” ⁽⁶³¹⁾.

Na verdade, esta consideração reveste especial importância na compreensão dos fins que animam o instituto, bem como da função social que desempenha. Numa perspectiva mercantilista, ainda que a pretexto da

encomendada não é necessário autorização do fotógrafo do autor para a publicação ou reprodução, *inter alia*, pela pessoa fotografada. De igual modo, pela utilização comercial de reprodução fotográfica o autor tem direito a uma remuneração equitativa (art. 165.º, 3).

⁽⁶²⁹⁾ Sobre os diversos regimes contratuais, v. Almeida-Rocha, *Rapport Portugais*, p. 282 s. (concluindo que as regras dos diferentes modos de exploração “parecem apropriadas

protecção do autor, tender-se-á a propugnar a interpretação restritiva destes preceitos, considerando-os como excepções impostas externamente. Contudo, numa perspectiva que atenda ao lado funcional, propender-se-á a considerar que as regras de utilização livre encontram-se ao serviço da promoção da liberdade de criação cultural em que se funda o direito de autor.

Promoção essa que depende, *inter alia*, do livre fluxo da informação, da crítica, do ensino, da investigação, dos arquivos. Podemos, assim dizer que “as limitações estabelecidas nas als. *a)*, *b)* e *i)* obedecem a um propósito de assegurar a fluência da informação, tal como o estímulo da investigação científica e do ensino motiva as restrições das als. *d)*, *e)* e *g)*, e a licitude das citações e resumos a que alude a al. *f)* procede de uma necessidade de ordem simultaneamente didáctica e cultural” (632).

Assim, como formas de utilização livre para fins de informação refiram-se, por ex., a reprodução por meios de comunicação social, por extracto ou em forma de resumo, “a selecção regular de artigos de imprensa periódica, sob forma de revista de imprensa”, e a “citação” de obras literárias ou artísticas em relatos de acontecimentos de actualidade (art. 75.º-*a/b/c*). Note-se que a utilização diz-se livre no sentido de que não é necessária a autorização do titular dos direitos. Porém, deverá ser acompanhada da indicação, por ex., do nome do autor, do editor e do título da obra, sendo conferida em alguns casos uma pretensão remuneratória, uma remuneração equitativa, ao autor e ao editor (633) (art. 76.º, 1). Assim é, por ex., no caso das restrições para arquivo: as bibliotecas públicas, os centros de documentação não comerciais ou as instituições científicas podem reproduzir, total ou parcialmente, pela fotografia ou processo análogo, obras previamente tornadas acessíveis ao público, desde que essa reprodução, e os respectivos exemplares, não se destinem ao público e se limitem às necessidades das actividades próprias dessas instituições (art. 75.º-*d*); não obstante, para além do requisito da identificação, essa utilização livre deve ser acompanhada de uma remuneração equitativa a atribuir ao autor e ao editor pela entidade que tiver procedido à reprodução (art. 76.º-*b*). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a inclusão de

e permitem, de uma maneira geral, uma relação jurídica equilibrada entre os autores e os que utilizam e exploram as suas obras” — p. 293).

(630) Rebello, *Introdução*, p. 213.

(631) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 216 (em sentido contrário, defendendo que se trata de “excepções” ou “situações excepcionais”, Rebello, *Código Anotado*, p. 131, e, *Introdução*, p. 213).

(632) Rebello, *Introdução*, p. 214.

peças curtas ou fragmentos de obras alheias em obras próprias destinadas ao ensino (art. 75.º-*h* e art. 76.º, 1-*c*).

Noutros grupos de casos, embora não seja exigida a prestação de remuneração equitativa, a licitude da utilização livre depende de a obra utilizada não se confundir com a obra de quem a utilize e/ou de a utilização ser tão extensa que prejudique o interesse por aquelas obras (art. 76.º, 2). Assim é, por exemplo, nos casos em que se admite, seja a reprodução de obras para fins exclusivamente de ensino nestes estabelecimentos, seja a inserção de citações ou resumos de obras alheias, quaisquer que sejam o seu género e natureza, em apoio das próprias doutrinas ou com fins de crítica, discussão ou ensino (art. 75.º-*e/f*). Note-se, porém, que, como adverte o Prof. Oliveira Ascensão: “O fim que se prossegue pode exigir uma citação longa, e nesse caso nada a deve impedir. Uma polémica pode exigir longas citações do texto do adversário. [...] Se for objectivamente justificada, nenhum limite de extensão lhe pode ser imposto. A lei só se aplica às pseudo-citações, em que a pretexto de citar se procede à apropriação de obra alheia. / Mas por outro lado, a citação só pode abranger o que é exigido e justificado pelo mesmo fim. Uma citação que não seja justificada é uma devida intromissão por obra alheia e portanto é ilícita. [...] Em qualquer caso é necessária uma valoração que nos permita concluir se a citação corresponde aos bons costumes e é ou não justificada pelo fim prosseguido” (634).

De referir, ainda, que, relativamente a obras não disponíveis no comércio ou de obtenção impossível, é permitida a sua reprodução pelo tempo necessário à sua utilização, se for realizada para fins de interesse exclusivamente científico ou humanitário (art. 81.º-*a*) (635). A isto acresce que a licença legal de utilização da obra implica a faculdade de a traduzir ou transformar por

(633) No sentido de que se trata de “uma cedência a um *lobby*, completamente equivocada [...] em que se descobre mais uma maneira de fazer dinheiro para os empresários à custa do público, sem nenhum respeito pela coerência do sistema” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 225; trata-se de mais um exemplo de como a “lei portuguesa é neste domínio quase empírica. Não se descobre um sistema.” — p. 224). Todavia, há quem sustente que essa remuneração deveria ser estendida a outros casos (Rebello, *Introdução*, p. 215: a referida “contrapartida deveria existir igualmente no caso da al. *e*”).

(634) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 218-9 (convocando o art. 10.º da Convenção de Berna). Aproximando-se deste entendimento, no sentido de uma “interpretação mais ampla” consoante com o texto convencional que abranja a citação para fins de informação, Rebello, *Introdução*, p. 217-8.

(635) O interesse geral justifica, ainda, que seja admitida a utilização de obras

qualquer modo na medida necessária para essa utilização (art. 71.º).

§ 30. PESSOALIDADE E DIREITO MORAL

1. O princípio da pessoalidade do conteúdo do direito de autor significa, nos termos da lei, que este abrange, para além de direitos patrimoniais, direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais (art. 9.º, 1). Trata-se, designadamente, do direito de reivindicar a respectiva paternidade e assegurar a sua genuidade, independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois da transmissão ou extinção destes (art. 9.º, 3).

Sendo que, autor é o criador intelectual da obra, ou seja, a pessoa humana à qual se deve a origem da forma original de expressão comunicativa. Na verdade, para que a obra goze de protecção é necessário que seja original, isto é, que tenha a “impressão digital” do seu criador. Nessa medida, sendo a obra expressão da personalidade do criador, o direito de autor tutela-a por via do reconhecimento de direitos morais ao autor, protegendo o laço pessoal entre a obra e o seu criador (636).

Não é nosso propósito tratar aqui exaustivamente os diversos direitos morais do autor geralmente apontados, nem o problema de saber se serão admissíveis outros direitos não previstos na lei, como o “direito de acesso” consagrado na lei de outros países (637). Procuraremos apenas compreender os seus traços característicos, bem como os termos em que se relacionam.

2. Para começar, em sede de paternidade, tal como se presume “que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe tem como pai o marido da mãe” (art. 1826.º, 1 CCiv), também assim, no direito de autor, presume-se “autor aquele cujo nome tiver sido indicado como tal na obra, conforme o uso consagrado, ou anunciado em qualquer forma de utilização ou comunicação ao público” (art. 27.º, 2). É a presunção *auctor est quem opus*

licitamente publicadas pelo processo Braille ou outro destinado a invisuais, na medida em que “não obedeça a intuito lucrativo” (art. 80.º). Não obstante, requisito desta licença legal é que as obras sejam licitamente publicadas, sendo de referir que “as preleções dos professores só podem ser publicadas por terceiro com autorização dos autores, mesmo que se apresentem como relato pessoal de quem as publica” (art. 79.º). Ou seja, os estudantes invisuais só poderão ter acesso a licções publicadas dos professores mediante a sua reprodução por processo Braille se os professores autorizarem essa publicação.

(636) Troller, *Immaterialgüterrecht*, I, p. 87 (“Keine anderen Wesen sind so eng persönlich

demonstrat. Reveste, porém, natureza elidível, como resulta dos termos que descrevem o tipo legal de crime de contrafacção (art. 196.º *et seq.*), cuja sanção é aplicável a “quem se arrogar a paternidade de uma obra ou de prestação que sabe não lhe pertencer” (art. 198.º).

Por outro lado, dispõe o art. 28.º que o “autor pode identificar-se pelo nome próprio, completo ou abreviado, as iniciais deste, um pseudónimo ou qualquer sinal convencional”. Ora, do teor literal desta norma parece resultar o carácter facultativo da identificação. Ou seja, parece que o autor, isto é, o criador da obra, não é obrigado a identificar-se. Tanto mais que é admitida a divulgação ou publicação de obra de autor anónimo com o seu consentimento; não obstante, “o autor pode a todo o tempo revelar a sua identidade e autoria da obra” (art. 30.º, 2).

Porém, nos regimes especiais das utilizações típicas o utilizador autorizado da obra é, em certos termos, obrigado à identificação do autor: nos exemplares da edição (art. 97.º), nos programas, cartazes e quaisquer outros meios de publicidade do espectáculo público de representação e/ou recitação e execução (arts. 115.º, 4, e 122.º, 1), na projecção do filme (art. 134.º, para a obra cinematográfica e demais obras audiovisuais) e nos fonogramas ou videogramas produzidos (art. 142.º), na radiodifusão da obra (art. 154.º), nos exemplares reproduzidos de obra de artes plásticas, gráficas e aplicadas (art. 160.º), nos exemplares de obra fotográfica (art. 167.º, 1), nos exemplares da obra traduzida, nos anúncios do teatro, nas comunicações que acompanham as emissões de rádio e de televisão, na ficha artística dos filmes e em qualquer material de promoção (art. 171.º) ⁽⁶³⁸⁾. Mas, como conciliar esta obrigatoriedade de identificação do autor com a referida facultatividade que parece assistir-lhe? Será o autor obrigado a identificar-se nestes casos típicos de utilizações especiais da obra?

A resposta encontra-se no regime dos direitos morais. Dispõe o art. 56.º, sob epígrafe “definição”, que: “independentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda que os tenha alienado ou onerado, o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuidade e integridade desta, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor” (1); “este direito é inalienável, irrenunciável e imprescriptível,

verbunden wie der Urheber und seine Schöpfung, nicht einmal Eltern und Kinder”).

⁽⁶³⁷⁾ Vide na Alemanha, § 25 UrhG, e, na vizinha Espanha, art. 14.º, 7, Ley de

perpetuando-se, após a morte do autor[.]” (2).

Assim, os denominados direitos morais parecem ser, nesta norma, integrados num só direito: o direito pessoal do autor. Direito este que integra determinadas faculdades e apresenta certas características. As faculdades consistem, nomeadamente, na reivindicação da paternidade da obra, por um lado, e na garantia da sua genuidade e integridade, por outro. As características consistem na independência do direito moral em relação ao direito patrimonial, na inalienabilidade, na irrenunciabilidade e na imprescriptibilidade. Sendo que o exercício das faculdades que integram o direito moral de autor é conformado pelas respectivas características.

Com efeito, a segunda faculdade atribuí ao autor o poder de se opôr à destruição da obra, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor. Ou seja, parece que a garantia da genuidade e integridade da obra destina-se a proteger a honra e a reputação do autor. Nessa medida, o autor só poderá opôr-se a actos que a desvirtuem e possam afectar a honra e reputação do autor, mesmo que se trate de actos de deformação ou modificação da obra. Por outras palavras, a garantia de integridade e genuidade da obra não será afectada, só por si, pelos actos tipificados de destruição, mutilação, deformação ou modificação.

Assim, para que o autor se oponha a esses actos, em nome da genuidade e integridade da obra, será necessário que produzam o resultado concreto de a desvirtuarem e poderem afectar a honra e a reputação do autor (639). Tratar-se-á, por isso, apenas, de um catálogo de exemplos ilustrativos de actos susceptíveis de desvirtuarem ou afectarem a honra e a reputação do autor por violarem a integridade e genuidade da obra. Com efeito, se o autor só se pode opôr “a todo e qualquer outro acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor”, o mesmo deverá valer para os actos constantes do elenco tipificado, ou seja, para a destruição, mutilação, deformação ou modificação da obra.

Isto mesmo parece resultar do art. 198.º-b, que pune com as penas previstas para o crime de contrafacção “quem atentar contra a genuidade ou integridade da obra ou prestação, praticando acto que a desvirtue e possa

Propiedad Intelectual. Entre nós, o Prof. Oliveira Ascensão não reconhece tal direito de acesso, uma vez que considera que o “que a lei quis outorgar, declarou-o expressamente” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 169). Luiz Francisco Rebello, partindo do termo “designadamente” constante do art. 9.º, 3, pronuncia-se no sentido de “admiti-lo entre as

afectar a honra do autor ou do artista”. Note-se, todavia, que o problema põe-se, sobretudo, em relação aos actos de modificação. E põe-se em razão das características do direito moral, em especial da sua independência em face do direito patrimonial, bem como da sua inalienabilidade e irrenunciabilidade.

3. O art. 15.º, 2, dispõe que “a faculdade de introduzir modificações na obra depende do acordo expresso do seu criador e só pode exercer-se nos termos convencionados”. Ou seja, se a modificação da obra fosse valorada, só por si, como um acto que a desvirtuasse e pudesse afectar a honra e reputação do autor, então seria atingida a integridade e genuidade da obra, podendo o autor, portanto, opôr-se a toda e qualquer modificação da obra, mesmo que a tivesse autorizado, sob pena de estar a alienar o, ou renúnciar ao, por via da autorização, seu direito moral.

Acresce que, dentro do capítulo dos direitos morais, encontramos uma norma destinada a regular as modificações da obra. Dispõe o art. 59.º, sob epígrafe “modificações da obra”, que “não são admitidas modificações da obra sem o consentimento do autor, mesmo naqueles casos em que, sem esse consentimento, a utilização da obra seja lícita”. Esta norma, que por interpretação *a contrario* admite modificações da obra com o consentimento do autor⁽⁶⁴⁰⁾, remete, em certos termos, para o regime da faculdade legal de utilização de uma obra sem prévio consentimento do autor, a qual “implica a faculdade de a traduzir ou transformar por qualquer modo, na medida necessária para essa utilização” (art. 71.º). Remissão essa que permite distinguir os actos de modificação das traduções, adaptações ou outras transformações da obra, constituindo estas últimas um exemplo típico das formas especiais de utilização previstas no catálogo (art. 68.º, 2-g).

Assim, os actos de modificação da obra parecem distinguir-se dos actos de transformação *lato sensu*. Porquê? Porque, ao que parece, enquanto do acto

prerrogativas [...] outorgadas ao autor” (Rebello, *Introdução*, p. 177).

⁽⁶³⁸⁾ Relativamente aos trabalhos jornalísticos *lato sensu* não é consagrada regra específica (arts. 173.º a 175.º).

⁽⁶³⁹⁾ Neste sentido, como já referimos, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 180 (“Não são todas e quaisquer modificações que são consideradas violações da integridade da obra, mas apenas aquelas que prejudiquem a obra ou atinjam a honra ou a reputação do autor”).

⁽⁶⁴⁰⁾ Em termos idênticos, v., por ex., art. 115.º, 3 (modificações).

⁽⁶⁴¹⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 188 (“A modificação não arreda portanto

de transformação resulta a criação de uma obra derivada a partir da obra original *stricto sensu*, já na modificação é ainda da mesma obra que se trata ⁽⁶⁴¹⁾. Nessa medida, distingue-se a obra derivada, que é uma segunda obra ⁽⁶⁴²⁾, da obra modificada, que ainda será, em princípio, a mesma obra.

Servindo-nos de dois exemplos previstos no regime legal, por um lado, haverá transformação da obra, no sentido de criação de obra derivada, quando uma obra cinematográfica constituir adaptação de obra preexistente; por outro, haverá modificação quando o dono da obra de arquitectura introduzir-lhe alterações aquando da sua construção segundo o projecto. No primeiro caso, o autor da obra adaptada deve ser identificado enquanto tal, e não como autor da obra cinematográfica (art. 134.º, 2); no segundo caso, o autor do projecto inicial, se não tiver consentido na modificação realizada pelo dono da obra, pode repudiar a paternidade da obra modificada (art. 60.º, 1 e 2). A distinção nem sempre é, porém, tão nítida, pois que uma adaptação pode implicar a prática de actos de modificação que não desvirtuam necessariamente o sentido da obra, como resulta inequivocamente do art. 169.º, 4.

Contudo, quer a transformação *lato sensu*, quer a modificação da obra podem ser autorizadas pelo autor, sem que isso signifique a alienação ou renúncia ao direito moral. Nas palavras de Luiz Francisco Rebello, “a exigência de respeito pela integridade e genuidade da obra radica no facto de ser ela uma projecção da personalidade do seu autor: uma vez que esta não é imutável, logicamente se terá de admitir que o autor, assim como lhe cabe a iniciativa [de] a pôr em circulação e retirar, a possa modificar ou, até, autorizar que um terceiro a modifique. Em nenhum destes casos se estará perante uma cedência ou transmissão do direito à integridade e genuidade da obra ou perante a renúncia desse direito, que seriam nulas” ⁽⁶⁴³⁾.

Mas, constituirá a modificação uma forma de utilização da obra? Com efeito, tal como o autor pode autorizar a adaptação ou transformação da obra, também assim pode consentir a sua modificação e, de um modo geral, a introdução de alterações na obra. E isto não significa que esteja a alienar ou a renunciar ao direito moral, em especial à sua faculdade de assegurar a genuidade e integridade da obra.

Na verdade, esta faculdade não se confunde com os actos susceptíveis de constituírem o seu facto constitutivo. A garantia da genuidade ou integridade da obra atribui ao autor a faculdade de opôr-se a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor. Nessa medida, a

a obra primitiva. Antes significa como que acrescentar à obra primitiva outra obra, cuja

modificação da obra não atentará contra a sua genuidade ou integridade se, ainda que a desvirtue, não afectar a honra e reputação do autor. E não a afectará, desde logo, nos casos em que o próprio autor a autoriza. Autorização esta que, note-se, não se traduz numa alienação ou renúncia ao direito moral, uma vez que este não estará, sequer, em causa.

Senão virtualmente, acrescente-se. A inclusão da modificação no elenco exemplificativo de actos susceptíveis de desvirtuarem a obra e atentarem contra a honra e reputação do autor confere-lhe um valor especial em razão da virtualidade lesiva dos seus efeitos potenciais. Em abstracto, a modificação da obra é valorada como causa adequada da produção de um resultado lesivo à integridade e genuidade da obra. Mas isso não significa que a modificação viole, de facto, a genuidade e integridade da obra, porquanto, mesmo que a desvirtue, poderá não atentar contra a honra e reputação do autor, as quais esta faculdade do direito moral se destina a proteger. E não atentará, desde logo,

essência criadora é todavia idêntica, e que vai portanto ser sujeita pela ordem jurídica a um regime similar ao da primeira (art. 2.º, 2.º).”)

(⁶⁴²) Ou “obra de segunda mão”, como as denomina o legislador suíço [Art. 3. URG (*Werke zweiter Hand*). Geistige Schöpfungen mit individuellen Charakter, die unter Verwendung bestehender Werke so geschaffen werden, dass die verwendeten Werke in ihrem individuellen Charakter erkennbar bleiben, sind Werke zweiter Hand.”].

(⁶⁴³) Rebello, *Introdução*, p. 166.

(⁶⁴⁴) O Prof. Oliveira Ascensão sustenta que: “Se a obra, originariamente, for atribuída a pessoa diferente do criador intelectual, também este tem o poder de impor modificações na obra a utilizar ou explorar a obra assim modificada. / Esta faculdade nada tem então de pessoal. [...]”; resultado este que não será de estranhar, tendo em conta que: “O direito pessoal apenas cabe ao criador intelectual que for também o titular originário. Qualquer outra entidade não tem o direito pessoal, mesmo quando lhe couber a titularidade originária. Só poderá ter meras faculdades pessoais desgarradas, que não estão sujeitas necessariamente ao regime global do direito pessoal de autor. / Isto implica a grave conclusão de que não se constitui sempre o direito pessoal de autor. Só existe quando a titularidade originária for do criador intelectual. O direito pessoal não surge assim como uma consequência necessária da outorga do direito de autor.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 189, p. 196).

Embora aceitemos que a letra da lei possa conduzir a este resultado no seu conjunto de sentidos possíveis, é esse um resultado que nos parece contrário aos fundamentos dogmáticos e aos fins práticos do instituto, que não é, informado, apesar de todas as pressões, por uma concepção de tipo *copyright*. Sustenta-se que, se o criador intelectual não tiver a titularidade originária da obra, não terá, *inter alia*, o direito ao inédito (p. 195), ainda que se afirme que este direito “cabe exclusivamente ao criador intelectual” (p. 171); sustenta-se, ainda, que pode o suposto titular originário do direito de autor, que não seja o criador intelectual, exercer poderes correspondente ao inédito (p. 196). Mas a nossa

como dissemos, quando o próprio autor autorizar a modificação da obra nos termos dos vários preceitos normativos consagrados à necessidade de consentimento do autor para o efeito.

Não obstante, a modificação da obra não constitui uma simples utilização da mesma. É, antes, um acto que, pela virtualidade lesiva dos seus efeitos potenciais, é susceptível de atentar contra a integridade e genuidade da obra, desvirtuando-a e afectando a honra e a reputação do autor. Nessa medida, a modificação da obra, independentemente do seu significado patrimonial, releva, desde logo, em sede do direito moral de autor, constituindo um dos actos tipificados no elenco de exemplos susceptíveis de violarem este direito moral. Pelo que, a nosso ver, o poder de modificação da obra não poderá, em princípio, ser objecto de transmissão nem oneração, voluntárias ou forçadas (art. 42.º) ⁽⁶⁴⁴⁾.

Ou seja, a modificação da obra não integra o *licere* patrimonial alienável do direito de autor. Porém, isto não significa que o autor não possa autorizar a modificação da obra, mas antes, apenas, que não pode transmitir ou onerar essa faculdade. Neste sentido, o art. 45.º prevê que só com autorização do titular do direito de autor pode o usufrutuário utilizar a obra objecto do usufruto por qualquer forma que envolva a transformação ou modificação desta. E, embora admita declaração em contrário, tal significa que os proveitos

pergunta é: como? Ao contrário de outros direitos pessoais, o direito ao inédito está apenas implicitamente consagrado na lei (v. art. 50.º, 1, e art. 195.º, 2-a). A doutrina reconhece-o (v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 170; Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 546), embora para outros, a nosso ver sem razão, isso seja uma “denominação errada” (Rebello, *Introdução*, p. 159).

Há o direito ao inédito, que é a raiz do direito de autor. Sendo que o direito de autor constitui-se pelo simples facto da criação, com o “parto” da obra. O direito ao inédito é a primeira expressão dessa protecção. O autor poderá guardar em inédito a sua criação nas condições que bem entender. É uma esfera de domínio absoluto, que, a nosso ver, não cede sequer para fins de interesse humanitário ou científico. Os supostos adquirentes originários distintos do criador intelectual só poderão exercer poderes correspondentes ao inédito se o autor, ele próprio, por um acto de vontade livre, quebrar esse inédito, e decidir divulgar a obra. Esta faculdade de decidir a divulgação da obra, apesar de ser problemática nos casos de obras em co-autoria ou realizadas por encargo de outrem (v. Ontiveros de Baquero, *Derecho de autor*, p. 152-3), é, todavia, a base de protecção dos direitos morais. Assim, por ex., o adquirente legal ou contratual do direito patrimonial não poderá, sequer, lançar mão da execução específica. Por isso também o direito de gozo exclusivo tem uma vertente que é intransmissível: o autor não pode ser privado de gozar intelectualmente as faculdades primárias que a sua criação proporciona, apesar da transferência, contratual ou legal, do direito patrimonial, tal como não pode ser privado de certas pretensões remuneratórias. Há, por assim dizer, um laço que liga o autor à obra e que nunca é desfeito, mesmo no plano

económicos extraídos da exploração patrimonial da obra pelo usufrutuário encontram-se limitados pelo princípio *salva rerum substantia*.

Princípio este que o acto de modificação é susceptível de afectar e que, também por isso, está sujeito a autorização especial do autor. Por outras palavras, a faculdade de modificação pode ser consentida pelo autor, consistindo numa forma especial de utilização da obra ⁽⁶⁴⁵⁾; porém, não pode ser transferida ou onerada na medida em que consista numa alienação ou renúncia à faculdade de controlar a integridade e genuidade da obra e de, nessa medida, o autor proteger a sua honra e reputação.

4. Mas, significa isto que o adquirente do conteúdo patrimonial do direito de autor não pode praticar quaisquer actos de modificação da obra sem prévia autorização do autor? Em princípio, a resposta não deverá ser senão positiva ⁽⁶⁴⁶⁾. Com efeito, a introdução de modificações na obra dependerá de autorização especial do autor, uma vez que este poderá opôr-se a tais modificações no exercício da sua faculdade de garantir a integridade e genuidade da obra, alegando que desvirtuam a sua obra e afectam a sua honra e reputação. Nessa medida, o titular do direito patrimonial poderá incorrer em responsabilidade civil e criminal (arts. 198.º-*b* e 203.º), bem como os demais que aproveitem da obra usurpada, podendo o autor requerer, ainda, que os “exemplares modificados” apreendidos, ao invés de serem destruídos, sejam-lhe entregues “se for possível restituir esses exemplares à forma original” (art. 202.º).

Não obstante, por outro lado, o mesmo já não sucede se o autor tiver consentido a modificação da obra. Com efeito, isto não significa que o autor

patrimonial, não lhe sendo oponível o direito de gozo exclusivo, excepto se “a utilizar directa ou indirectamente com ofensa dos direitos atribuídos a outrem” (art. 195.º, 3). No inédito, porém, o cordão umbilical que o liga à obra é cortado, uma vez que a obra passa a poder ser utilizada, legal ou contratualmente, por outras pessoas.

⁽⁶⁴⁵⁾ Assim, nas autorizações de transformação e/ou adaptação serão praticadas certas modificações da obra, falando-se, a este respeito, em poder “implícito” de modificação (v. Rebello, *Introdução*, p. 169).

⁽⁶⁴⁶⁾ Todavia, se se tratar de meras modificações-adaptações já a solução deverá ser diferente (v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 182-4). Tratar-se-á, então, de “modificações que não afectam nem a estrutura nem o sentido da obra, não atingindo portanto a personalidade do autor, e, por outro lado, ditadas por razões cuja ponderabilidade não suscita dúvidas” (Rebello, *Introdução*, p. 169). Note-se, porém, que este entendimento poderá ser contrariado por disposição legal. Assim, a autorização de fixação de obra fonográfica não atribui ao produtor a faculdade de fazer essas adaptações. Dispõe o art. 146.º que: “A adaptação, arranjo ou outra transformação de qualquer obra para efeitos

tenha alienado ou renunciado ao seu direito moral à integridade e genuidade da obra. E assim não é, uma vez que o autor continuará a poder opôr-se a todo e qualquer outro acto que a desvirtue e possa afectar a sua honra e reputação, incluindo, nessa medida, outras modificações.

Acresce que, a nosso ver, a modificação nos termos convencionados confere ao adquirente do direito patrimonial ou ao “utilizador autorizado” o poder de exigir a identificação do autor na obra modificada. Isto é, tendo o autor definido os termos pelos quais considera, ainda, a obra modificada como criação sua, ser-lhe-á exigível que se identifique com as modificações efectuadas. Porém, se a modificação não tiver sido consentida ou se não tiver respeitado os termos acordados, então o autor poderá, desde logo, repudiar a paternidade da obra modificada, não lhe sendo exigível, portanto, a sua identificação.

Este princípio, que cremos ser de alcance geral, encontra-se vazado no preceito relativo às modificações do projecto arquitectónico: “não havendo acordo, pode o autor repudiar a paternidade da obra modificada, ficando vedado ao proprietário invocar para o futuro, em proveito próprio, o nome do autor do projecto inicial” (art. 60.º, 3) ⁽⁶⁴⁷⁾. Vale isto por dizer que a afecção da honra e reputação do autor dependerá da sua identificação como criador, ainda, da obra modificada. Afecção essa que, em nosso juízo, não existirá quando a obra tiver sido modificada em consonância com os termos autorizados, sendo, portanto, exigível ao autor a sua identificação na obra modificada. Contudo, se a modificação não tiver sido autorizada, não lhe será exigível que se identifique como criador da obra modificada, podendo, se assim o desejar, pedir a cessação do uso ilegítimo da sua identificação na obra modificada, para além de indemnização por perdas e danos (art. 210.º).

Por outras palavras, em certos termos, a faculdade de controlo da integridade e genuidade da obra está intimamente relacionada com a faculdade

de fixação, transmissão e execução ou exibição por meios mecânicos, fonográficos ou videográficos, depende igualmente de autorização escrita do autor, que deve precisar a qual ou quais daqueles fins se destina a transformação.” Por outro lado, a fronteira de distinção entre transformação e modificação só casuisticamente poderá ser apurada, sendo exemplo paradigmático o conhecido caso sobre a colorização de um filme a preto e branco que a jurisprudência francesa decidiu como acto lesivo do direito moral (v., entre nós, Rebello, *Introdução*, p. 175).

⁽⁶⁴⁷⁾ Sobre as origens desta regra, que a nosso ver consagra um “princípio geral”, v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 185-7, referindo, porém, que o propósito da regra foi afastar o direito do arquitecto de se opôr à modificação da obra, uma vez que o

de reivindicar a sua paternidade, constituindo ambas duas dimensões de um mesmo direito: o direito moral de autor. Com efeito, a violação da integridade ou genuidade da obra conferirá ao autor a pretensão negativa de não ser identificado como criador da obra modificada, na medida em que esta não tenha sido autorizada ou não corresponda aos termos convencionados. Pelo que, a nosso ver, o autor poderá, ainda, requerer que, ao invés da destruição, os exemplares modificados apreendidos lhe sejam entregues, não para restituição à sua forma original, mas antes para substituição das indicações referentes à sua autoria, a fim de assegurar a sua não paternidade (art. 202.º, 1).

5. Assim, regressando à pergunta acima colocada: é obrigatória ou facultativa a identificação do autor? Do exposto resulta que a identificação do autor não é obrigatória, desde logo, quando ele autorizar a divulgação ou publicação anónima da obra. Em tais casos, o autor limita-se a não exercer o direito (648). De igual modo, ele poderá comprometer-se a adoptar uma certa designação de autoria em relação a determinada obra, sem que tal signifique a renúncia à sua paternidade (649). Trata-se da fórmula do legislador germânico, nos termos da qual o autor pode determinar se à obra será aposta uma designação de autoria e que designação será utilizada (650).

Contudo, se se tiver identificado na obra, então os utilizadores autorizados, bem como os adquirentes, legais ou contratuais, do direito patrimonial de autor, não apenas devem identificá-lo, como podem exigir-lhe a sua identificação, especialmente quando a obra tiver sido modificada com o seu consentimento. Porém, se o autor não reconhecer a obra modificada como

edifício seria qualificado também como obra, prevalecendo o direito de propriedade sobre aquele (neste sentido na doutrina francesa, por todos, Desbois, *Droit d'auteur*, p. 495). Essa consideração, *prima facie*, levar-nos-ia a qualificar esta regra como excepcional e a afastar a ideia de um princípio geral nela vazado (neste sentido, Rebello, *Introdução*, p. 172). Porém, não vemos por que razão não poderá estar à disposição do autor para tutela dos seus interesses morais a faculdade geral de “retirada do nome” da obra modificada sem o seu consentimento, na medida em que ele não se reconheça como autor de tal obra.

(648) Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 111.

(649) Cfr. Sá e Mello, *O direito pessoal de autor*, p. 114.

(650) § 13. “(*Anerkennung der Urheberschaft*). Der Urheber hat das Recht auf Anerkennung seiner Urheberschaft am Werk. Er kann bestimmen, ob das Werk mit einer Urheberbezeichnung zu verstehen und welche Bezeichnung zu verwenden ist.” *Namensnennungsrecht* lhe chamam, com propriedade, os autores alemães, para significar o direito de apor e de compor uma designação de autoria na obra (sobre as suas especiais implicações no domínio das relações laborais, v. Hock, *Das Namensnennungsrecht*, p. 21

criação sua, seja porque não autorizou a modificação, seja porque esta não respeitou os termos convencionados, então não lhe é exigível a sua identificação, assistindo-lhe a faculdade, não apenas de defender a integridade e genuidade da obra pelos referidos meios, mas, ainda, o poder de reivindicar a não paternidade da obra modificada, pedindo, *inter alia*, a cessação do uso ilegítimo da sua identificação como autor dessa obra ⁽⁶⁵¹⁾.

Trata-se, ambas, de duas faculdades que integram o direito moral de autor, encontrando-se, estreitamente, relacionadas. Na verdade, a violação da genuidade e integridade da obra afectará a honra e reputação do autor na medida em que este não se reconheça como criador da obra modificada. Por outro lado, se o autor consentir a modificação da obra, a sua genuidade e integridade não serão violadas, porquanto, ainda que tal se traduza no desvirtuamento da obra, não afectam a sua honra e reputação, sendo-lhe exigível a sua identificação como criador da obra modificada, na medida em que a modificação respeite os termos acordados. Sendo que, a autorização de modificação da obra não se traduz na alienação ou renúncia ao direito moral, uma vez que a honra e reputação do autor não são, por isso, afectadas. Com efeito, a modificação consiste apenas num dos exemplos típicos de actos inseridos no catálogo em razão da virtualidade lesiva dos seus efeitos potenciais.

Não obstante, se bem que possam ser autorizados, a valoração destes actos como causa adequada à produção de resultados ilícitos, por violação do direito moral, obsta a que, a nosso ver, possam constituir objecto de transmissão ou oneração, legal ou contratual, uma vez que tal traduzir-se-ia numa forma de alienação ou de renúncia ao direito moral. Vale isto por

s.).

⁽⁶⁵¹⁾ A lei inglesa prevê, com alcance geral, uma faculdade semelhante que consiste no direito de se opôr à falsa atribuição de autoria (CPDA, § 84). Apesar de a lei inglesa só recentemente ter consagrado direitos morais em conformidade com a Convenção de Berna (Acto de Paris 1971), os antecedentes desta faculdade remontam ao *Literary Copyright Act of 1886* (v. Cornish, *Intellectual Property*, p. 397-8; Phillips/Durie/Karet, *Whale on Copyright*, p. 59; Bainbridge, *Intellectual Property*, p. 100-2; Jacob/Alexander, *Intellectual Property*, p. 188).

⁽⁶⁵²⁾ Rebello, *Introdução*, p. 176.

⁽⁶⁵³⁾ Este entendimento parece ser dominante nos países de *Civil Law*, ainda que com variantes. No direito alemão, o direito pessoal à integridade da obra não integra expressamente os actos de modificação (*Änderung*), mas apenas a distorção (*Entstellung*) e a mutilação (*Beeinträchtigung*), valendo, não obstante, o princípio de que utilizador autorizado (*Inhaber eines Nutzungsrechts*) não pode, em princípio, alterar a obra, nem o seu título ou a designação do autor, salvo acordo em contrário que não prejudique os interesses

dizer que trata-se de actos que integram, em primeira linha, o conteúdo moral do direito de autor, independentemente do relevo patrimonial que possam

personais do autor em relação à obra; depois, são permitidas as modificações à obra e ao seu título que o autor não possa recusar segundo a boa fé (§§ 14, 39, UrhG: v. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 216 s.; Hubmann/Rehbinder, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 169; Dietz, in Schrickler, *Urheberrecht*, § 14, p. 223; § 39, p. 522 s.; Rehbinder, *Urheberrecht*, p. 187 s.; Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, p. 86 s.).

Em França, o direito ao respeito da obra (art. L. 121-1 CPI) é entendido na prática jurisprudencial no sentido de o autor poder, em princípio, impedir todas as alterações e modificações da obra, admitindo-se, porém, a validade dos acordos de modificação, na medida em que não signifiquem a alienação ou renúncia do direito ao respeito pela obra (v. Desbois, *La propriété littéraire et artistique*, p. 120, e, *Le droit d'auteur*, 3., n. 382; Plaisant, *Le droit des auteurs*, p. 66-8; Bertrand, *Le droit d'auteur*, p. 222-3; Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 112-4; Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, p. 165 s.; Lucas/Lucas, *Traité*, p. 305; Bonet, *Code de la propriété intellectuelle*, p. 65 s.). Semelhante interpretação parece valer, moderadamente, face ao art. 14 da LPI espanhola (v. Bercovitz Rodriguez-Cano (dir.), *Comentarios*, p. 280 s.; Vega Vega, *Derecho de autor*, p. 123-5; Gonzalez Lopez, *El derecho moral*, p. 128 s., 180 s.; Marco Molina, *La propiedad intelectual*, p. 326; Dietz, *El Derecho de autor*, p. 77 s.) e aos arts. 20.º e 22.º da lei italiana (v. Gianini, *Il diritto d'autore*, p. 43; Ascarelli, *Teoria*, p. 757 s.; Santilli, *Il diritto d'autore*, p. 288 s.).

No direito suíço, Troller aplaudia a solução austríaca (v. Rintelen, *Urheberrecht*, p. 100-2), no sentido da validade do consentimento de modificação, na medida em que não se traduzisse numa renúncia ao direito à integridade, *maxime* no quadro de cessões de direitos (Troller, *Immaterialgüterrecht*, II, p. 692); sendo que, nos termos da nova lei suíça, “o autor ou a autora tem o direito exclusivo de determinar se, quando e como pode a obra ser alterada”, bem como o direito de se opor a qualquer “desfiguração” que prejudique a sua personalidade resultante de acto de terceiro autorizado a modificar a obra, por lei ou por contrato (Art. 11. (Werkintegrität) URG). Refira-se, ainda, que, em termos semelhantes, a nova lei belga (art. 1.º, 2) não permite a alienação do direito moral, embora admita, em certos termos, a sua renúncia (parcial e expressa), ainda que ressalvando a possibilidade de o autor se opor a todos os atentados que sejam prejudiciais à sua honra e reputação (v. Berenboom, *Le Nouveau Droit d'Auteur*, p. 141 s.; Strowel, *Le droit d'auteur*, p. 88-90; Vanhees, *Een juridische analyse*, p. 361 s.).

Ainda no direito comparado será interessante anotar que a nova lei brasileira sobre direito autoral inclui expressamente nos direitos morais do autor, que qualifica como “inalienáveis e irrenunciáveis” (art. 27), não apenas o direito de “assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra”, mas também “o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada” (art. 24. IV e V). Ao mesmo tempo, porém, inclui no direito patrimonial sobre uma base de dados, “o direito exclusivo, a respeito da forma de expressão da estrutura da [...] base”, de autorizar ou proibir: III — sua [...] modificação” (art. 87, III). Acresce que na lei especial relativa aos programas de

revestir. Nessa medida, tal como assiste ao autor a faculdade de não se identificar como criador da obra, de igual modo pode consentir na sua modificação.

Todavia, já não pode alienar ou renunciar às faculdades de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a sua genuidade e integridade integrantes do conteúdo do seu direito moral. Direito este que, a nosso ver, é destinado a proteger a honra e reputação do autor. Nas palavras de Luiz Francisco Rebello: “É a personalidade do autor, tal como se reflecte e manifesta na obra, que a lei visa proteger” (652). Em causa está tutelar a “impressão digital” do criador da obra e, nessa medida, a sua personalidade, em termos que limitam e condicionam o exercício do conteúdo patrimonial do direito de autor (653).

6. Por outro lado, o conteúdo do direito moral definido no art. 56.º informa as normas especiais que se destinam a proteger os interesses morais do autor. Ou seja, a personalidade do autor não é protegida em todas as suas facetas, mas apenas em relação a determinados interesses, ditos morais, acolhidos no regime legal. Assim, desde logo, o direito de retirada, definido nos seguintes termos: “o autor da obra divulgada ou publicada poderá retirá-la a todo o tempo da circulação e fazer cessar a respectiva utilização, sejam quais forem as modalidades desta, contanto que tenha razões morais atendíveis, mas deverá indemnizar os interessados pelos prejuízos que a retirada lhes causar” (art. 62.º).

computador, dispõe que, apesar de não se aplicarem neste domínio as disposições da legislação autoral relativas aos direitos morais, fica “ressalvado, a todo o tempo, o direito de autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação” (art. 2, § 1.º). Em causa está, apenas, como se escreve, “o bom nome do autor como tal, [...] sua fama, sua honra como autor. [...] Não interessaria a vida particular do [autor], mas a sua reputação como [autor]” (Hammes, *O direito da propriedade intelectual*, p. 61).

(654) Art. 24, VI, Lei n.º 9.610, 19-2-1998.

(655) Entende-se que: “Técnicamente, haverá uma revogação de negócios celebrados” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 174; no mesmo sentido, Rebello, *Introdução*, p. 161).

(656) [§ 42 UrhG (*Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung*) (1) O autor pode revogar a licença de utilização se a obra deixar de corresponder às suas convicções e não lhe puder ser exigível por isso acordar a exploração da obra.”]. Defendendo esta solução, Rebello, *Introdução*, p. 162. Sentimos, porém, algumas dificuldades em acompanhar o A.,

Ora, em nosso juízo, o direito de retirada é uma faculdade secundária do direito moral, em termos de o seu exercício ser vinculado à tutela dos interesses protegidos por este direito. Em consonância, a nova lei brasileira dispõe que é direito moral de autor “o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem” (654).

Assim, entre nós, os termos “razões morais atendíveis” devem ser determinados por referência aos interesses morais acolhidos no seio do instituto, ou seja, à paternidade e à genuidade e integridade da obra e, nessa medida, à honra e reputação do autor. Deste modo, o autor poderá exercer o direito de retirada, por ex., quando a paternidade ou a integridade e genuidade da obra tiverem sido postas em causa em termos de afectar a sua honra e reputação (655), como sucederá se ele já não se reconher na obra por alteração de convicções. Essa é claramente a solução da lei alemã, que concede ao autor o direito de “revogação devido a alteração de convicções” (656).

Isto significa, portanto, que as razões morais serão atendíveis se integrarem o âmbito de protecção do direito moral de autor, ou seja, a paternidade e a integridade e genuidade da obra. Exemplo disto mesmo parece ser o disposto no art. 101.º, 2, nos termos do qual o contrato de edição será resolvido e não poderá a obra incompleta ser editada em caso algum, se o autor tiver manifestado vontade de que a obra não seja publicada senão completa (657). Acresce que, o direito de retirada traduz-se, nessa medida, num poder concedido para tutela dos direitos morais, não podendo, portanto, ser objecto de transmissão nem oneração (art. 42.º).

Por outro lado, idêntica determinação normativa deve valer em certas normas destinadas a tutelar os “interesses morais” do autor. Assim, por exemplo, o autor poderá resolver o contrato de edição em caso de trespasse

quando caracteriza o direito de retirada como um poder discricionário. Na verdade, as razões morais atendíveis serão, nos termos que propomos, “controláveis em juízo” não sendo, portanto, “arbitrário” o seu exercício (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 173-4). Assim é, uma vez que o exercício do direito de retirada será instrumental em relação aos interesses morais que se destina a proteger. A lei alemã previne certos abusos do exercício desse direito, obrigando o autor a conceder ao anterior utilizador autorizado o mesmo tipo de licença em condições razoáveis, no caso de pretender retomar a exploração da obra após a retirada (§ 42(4) UrhG). Parece-nos ser uma solução de aplaudir. Note-se, porém, que a protecção da personalidade que o direito de retirada visa acautelar deverá prevalecer sobre razões de natureza concorrencial, quer a nível nacional, quer comunitário (a este último nível, com referência aos casos *Magill*, v. Govaere, *Use and Abuse*, p. 246 s.).

(657) Este preceito deverá ser tido em conta na interpretação do art. 70 relativo às

do estabelecimento do editor, invocando “prejuízos morais” daí resultantes (art. 100.º, 2); o contrato de edição será resolvido, como vimos, se o autor morrer antes de ter completado a obra e tiver manifestado vontade de que a obra não seja publicada senão completa (art. 101.º), o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para a reprodução de obra *ne varietur* (art. 58.º). Depois, o autor poderá fazer cessar imediatamente a representação da sua obra que não seja conforme ao seu conteúdo (art. 112.º), bem como retirar a obra e resolver o contrato de representação se for imposta, por decisão judicial, a supressão de algum passo da obra que comprometa ou desvirtue o sentido da mesma (art. 114.º). Por último, se houver fraude na organização ou realização do programa, os autores prejudicados nos seus interesses morais poderão exigir à empresa promotora do espectáculo indemnização por perdas e danos por ter havido, designadamente, uso ilegítimo, porque fraudulento, da sua identificação (art. 123.º). Em todos estes casos especiais são concretizados os interesses morais tutelados no seio do direito moral *tout court*: a paternidade e a integridade ou genuidade da obra, enquanto expressão da honra e reputação do autor.

7. Por último, importa referir que a característica da imprescritibilidade do direito moral significa que este perpetua-se após a morte do autor. As criações do espírito imortalizam os seus autores. A tutela da personalidade estende-se para além da morte⁽⁶⁵⁸⁾. Enquanto a obra não cair no domínio público, o exercício *post mortem* deste direito, incluindo a faculdade de inédito e de retirada, compete aos sucessores do autor. O exercício do direito deverá respeitar a vontade do autor. É tão concebível que o autor tenha manifestado vontade de as suas obras completas ou incompletas não serem em algum caso trazidas a público como criações suas, como no sentido de as suas obras serem retiradas do comércio

obras póstumas. Existirão ponderosos motivos de ordem moral se o autor tiver manifestado vontade de a sua obra não ser publicada senão completa, não podendo os seus sucessores utilizá-la por esse meio. É ainda problemático que os sucessores possam publicar ou divulgar a “obra póstuma”, ainda que completa, se este tiver manifestado vontade contrária à sua publicação ou divulgação, mesmo após a sua morte (respondendo negativamente, Rebello, *Introdução*, p. 160; porém, o A. não retira daí consequências para a refutação que faz à opinião de que “o direito ao inédito é um direito que cabe exclusivamente ao criador intelectual”, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 171).

⁽⁶⁵⁸⁾ Neste sentido, por ex., Hübner, *Urheberrecht und zivilrechtliche Dogmatik*, p. 134.

⁽⁶⁵⁹⁾ Luiz Francisco Rebello, corrigindo posição anteriormente sustentada (*Código Anotado*, p. 112), sustenta agora “que o direito de retirada não lhes assiste [aos sucessores],

após a sua morte ⁽⁶⁵⁹⁾. Esse é o direito que os sucessores deverão exercer, embora possa estar sujeito a apreciação judicial (art. 70.º, 2). Se se abstiverem de o fazer “sem motivo atendível”, o Ministério da Cultura poderá, em certos termos, fazê-lo, não em protecção da personalidade do defunto, mas para defender a autenticidade ou dignidade cultural da obra.

Depois, uma vez caídas no domínio público, a defesa da genuidade e integridade das obras compete ao Estado e é exercida através do Ministério da Cultura (art. 57.º, 2). Com a queda no domínio público, a obra deixa de ser protegida pelo direito de autor, convertendo-se em bem público. Agora, compete ao Estado defender a genuidade e integridade das obras enquanto parte do património cultural. Mas o direito de autor caducou. Sustenta o Prof. Oliveira Ascensão que: “Há apenas uma defesa da cultura, desaparecendo toda a referência a faculdades pessoais do autor. [...] O que se defende é a obra e não o autor. É uma defesa objectiva. [...] O que está em causa é a obra como dado cultural objectivo. [...] o direito pessoal caducou já” ⁽⁶⁶⁰⁾.

Por outras palavras, a defesa da personalidade do autor cessaria com a queda da obra no domínio público ⁽⁶⁶¹⁾. A obra não deixaria de ser objecto de relações jurídicas. Mas, deixaria de ser objecto de direitos privados, tornando-se numa *res extra commercium*, numa *res communes omnium*, quer em termos patrimoniais, quer em termos pessoais. Isto significaria, portanto,

AB VNO AD OMNES

dado o seu carácter estritamente pessoal” (Rebello, *Introdução*, p. 162). Salvo o devido respeito, não concordamos com este entendimento. O direito de retirada não pertence aos sucessores, que devem apenas exercê-lo, como faculdade do direito moral. De igual modo, para além de adquirentes *mortis causa* — sendo o caso —, deverão exercer certas pretensões remuneratórias. As receitas económicas do exercício dos direitos patrimoniais deverão ser utilizadas para indemnizar os prejuízos que a retirada possa causar aos interessados.

⁽⁶⁶⁰⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 348-9 (analisando o regime especial da defesa da cultura previsto, também, no Decreto-Lei n.º 150/82, de 29 de Abril). Este entendimento parece deparar, não obstante, quer com a nota da imprescritibilidade dos direitos morais (art. 56.º, 2), quer com o disposto no art. 9.º, 3, nos termos do qual o autor goza de direitos morais mesmo depois da extinção dos direitos patrimoniais. Porém, a esse entendimento não obsta a Convenção de Berna (art. 6.º *bis* e art. 18.º), no sentido de a protecção da personalidade do autor prosseguido pelos direitos morais, embora se estenda para além da morte, não se perpetuar *ad eternum*. Dir-se-ia que a “imortalidade da alma” dos criadores de obras de espírito cai fora do âmbito de protecção do direito de autor, ingressando no “domínio público cultural” (v. Cornu, *Le droit culturel des biens*, p. 495 s.).

⁽⁶⁶¹⁾ Porém, no sentido da perpetuidade *ad eternum* do direito moral, Rebello, *Introdução*, p. 179-80 (note-se, porém, que o A. aparenta transparecer algum “saudosismo”

que, como dispõe o art. 56.º, 2, o direito moral se perpetuaria após a morte do autor nos referidos termos. Assim, o direito moral, caída a obra no domínio público, já não se destinaria a proteger a personalidade do autor, mas apenas um valor cultural do domínio público, prevalecendo o sentido objectivo da obra e o seu interesse público sobre quaisquer razões morais da pessoa individual do autor.

§ 31. TEMPORALIDADE (DOMÍNIO PÚBLICO CULTURAL) E TERRITORIALIDADE

pelo célebre regime da plena perpetuidade, quando considera que “o domínio público é um logro — ou, na melhor hipótese, uma ficção” (p. 194-5); consideração essa que parece ser reforçada pela referência ao Decreto n.º 13.725, de 3 de Junho de 1927, em cujo art. 36.º se estatua que “a propriedade literária ou artística é considerada e regida como qualquer outra propriedade mobiliária”, donde decorria, *inter alia*, a perpetuidade da sua protecção, que, a seu ver, resultaria já do art. 569.º do Código de Seabra de 1868 que dispunha que “o produto ou valor do trabalho e indústria lícitos de qualquer pessoa é propriedade sua e rege-se pelas regras relativas à propriedade em geral” — Rebello, *Introdução*, p. 24, n. 9).

⁽⁶⁶²⁾ Na doutrina, o prazo anterior de cinquenta anos tinha sido já considerado excessivo, tendo sido proposto, de *iure condendo*, o seu encurtamento (v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 334: “os prazos estão já muito empolados”; ainda no sentido da redução, v. Menezes Cordeiro, *Reais*, p. 233). Todavia, a orientação foi no sentido de ampliar esse prazo [sobre a compatibilização de um prazo assim alargado com uma ideia de domínio público remunerado v. Dietz, *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, p. 158-9). Contra um sistema de domínio público remunerado, que chegou a ser instituído entre nós (Decreto-Lei n.º 54/80, 26-3, reformulado pelo Decreto-Lei n.º 393/80, 25-9, e revogado pelo Decreto-Lei n.º 150/82, 29-4), Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 344-5; em sentido favorável, Rebello, *Introdução*, p. 194-5].

⁽⁶⁶³⁾ Estamos, ao que parece, não em face de uma expropriação, mas antes de um caso de propriedade temporária, que “só é admitida nos casos especialmente previstos na lei” (art. 1307.º CCiv).

⁽⁶⁶⁴⁾ Respondendo afirmativamente, como já referimos, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 348-9. Esta solução corresponde ao direito alemão (v., por ex., Rehbinder, *Urheberrecht*, p. 216-7), recentemente seguido pelo congénere belga (v. Berenboom, *Le Nouveau Droit d'Auteur*, p. 238). Trata-se de uma solução consonante com os mínimos de protecção garantidos pela Convenção de Berna, que exige que os direitos morais sejam mantidos, pelo menos, até à extinção dos direitos patrimoniais (art. 6 *bis*). Todavia, a sua sustentabilidade entre nós, para além de esbater com a característica da imprescritibilidade do direito moral (art. 56.º, 2), pareceria implicar uma interpretação correctiva do art. 9.º, 3,

1. A referência ao domínio público remete-nos para o terceiro princípio que informa o conteúdo do direito de autor, e que nos limitaremos a enunciar. É o princípio da temporalidade. Nos termos da regra geral, o direito de autor caduca 70 anos após a morte do criador intelectual, mesmo que a obra só tenha sido publicada ou divulgada postumamente (art. 31.º) ⁽⁶⁶²⁾. A caducidade do direito de autor significa que, decorrendo os prazos de protecção, a obra cai no domínio público (art. 38.º) ⁽⁶⁶³⁾.

Mas, a referência ao direito de autor deverá abranger não apenas o seu conteúdo patrimonial mas também o conteúdo pessoal? Será que este “perpetua-se” após a morte do autor apenas nos termos referidos, isto é, até a obra cair no domínio público ⁽⁶⁶⁴⁾? De *lege data*, a resposta é contraditória. Poder-se-á dizer que os direitos perpetuam-se após a obra cair no domínio público, uma vez que são imprescritíveis e prolongam-se mesmo depois da obra cair no domínio público. Mas, ao mesmo tempo, uma vez caída a obra no domínio público e considerados os termos do exercício desse direito que ao Estado são confiados, parece que já não se trata tanto de proteger a personalidade do autor, mas antes um valor cultural do domínio público, prevalecendo o sentido objectivo da obra e o seu interesse público sobre razões morais da pessoa individual do autor.

Também neste ponto a nossa lei não é muito clara, sendo mesmo contraditória. Por um lado, prescreve a imprescritibilidade dos direitos morais, dispondo que se mantêm depois da extinção dos direitos patrimoniais. Por outro lado, estatui que, uma vez caída a obra no domínio público, o exercício de tais direitos caberá apenas ao Estado, competindo-lhe assegurar a sua genuidade e integridade. Assim, não apenas os herdeiros, mas também as entidades de gestão colectiva não poderão intervir em juízo em defesa do direito moral do autor, pois que o exercício de tais direitos é reservado ao Estado para efeitos de defesa, não da honra e reputação do autor, mas apenas da genuidade e integridade da obra, enquanto valor cultural do domínio público.

A nosso ver, a superação desta antinomia normativa exige uma interpretação do art. 9.º, 3, e do art. 56.º, 2, que salvaguarde a razoabilidade do legislador, apesar de se reconhecer que este Código não é o melhor exemplo

senão mesmo ab-rogante, uma vez que o legislador teria consagrado, numa certa orientação, a perpetuidade dos direitos morais (Rebello, *Código Anotado*, p. 108, *Introdução*, p. 190: “a extinção destes [direitos patrimoniais] não abrange a cessação dos direitos morais.”). Terá seguido a solução francesa, alargando os mínimos da Convenção de Berna, através da

da presunção de que goza. Parece-nos sustentável dizer que o direito moral de autor tem duas vertentes. Uma, de natureza privada, destinada a proteger a personalidade do autor, que caduca enquanto direito de autor com a queda da obra no domínio público. Outra, imprescritível e perpétua, ligada à obra enquanto valor do domínio público cultural. Por outras palavras, o regime do direito moral não se esgotará numa lógica privada de direito de autor, sendo antes informado por razões de ordem pública, ligando-se, por isso, ao que se chama a “preservação do património cultural dos Estados” (665).

2. Por outro lado, a instituição da regra dos 70 anos *post mortem auctoris* decorre da transposição da Directiva Duração de Protecção. À semelhança de alguns Estados-membros que consagravam já este prazo, designadamente para compensar os efeitos das guerras mundiais sobre a exploração das obras (666), o legislador comunitário alargou o prazo mínimo de 50 anos previsto na Convenção de Berna para 70 anos, em razão do aumento de duração de vida média na Comunidade, que tornara insuficiente aquele prazo para proteger duas gerações de descendentes do autor. Isto é, o prazo de 50 anos destinava-se a proteger o autor e duas gerações dos seus descendentes. Todavia, o aumento de esperança de vida média na Comunidade teria tornado tal prazo insuficiente para cumprir o seu desígnio, pelo que decidiu-se aumentar também o prazo segundo a regra dos 70 anos *post mortem auctoris* (667).

A regra dos 70 anos *post mortem auctoris* sofre diversas excepções. Assim, por exemplo, em caso de obra de colaboração, os 70 anos contam-se a partir da morte do colaborador que falecer em último lugar (art. 32.º, 1), identificando-se na obra audiovisual em sentido amplo: o autor dos argumentos ou da adaptação, o autor dos diálogos e o autor das composições musicais especialmente criadas para a obra (art. 34.º). Em caso de obra colectiva ou de obra cujos direitos são atribuídos *ex vi legis* a pessoa diferente do criador, os 70 anos contam-se após a primeira divulgação ou publicação lícitas, embora

qualificação do direito moral como perpétuo (art. L. 121-1 CPI); todavia, a prática jurisprudencial deste país é comentada no sentido de a perpetuidade do direito moral tornar-se “letra morta” (Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 193). Também o legislador espanhol seguiu a via da perpetuidade do direito moral (arts. 15 e 16 LPI), ainda que, ao que parece, limitada a certas faculdades (Gonzalez Lopez, *El derecho moral*, p. 132 s.).

(665) Ferrer Correia, *A venda internacional de objectos de arte*, p. 9.

(666) A Alemanha terá sido o primeiro país a adoptar a regra dos 70 anos com a lei de 1965 (§ 64 UrhG), justamente por essas razões (v., por ex., Ulmer, *Urheber- und*

o prazo relativo às contribuições pessoais de autoria discrimináveis seja contado nos termos da regra geral (art. 32.º, 2) — o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para a obra anónima e equiparada (art. 33.º) e para os programas de computador (art. 36.º). Para as obras publicadas ou divulgadas em partes vale o princípio segundo o qual os prazos de protecção contam-se separadamente para cada parte (art. 35.º). Nos casos em que o prazo não se conta a partir da morte do autor, a obra cai no domínio público se não for publicada ou divulgada no prazo de 70 anos a contar da sua criação (art. 38.º, 2). Não obstante, relativamente às obras inéditas caídas no domínio público é prescrita a regra segundo a qual é atribuída protecção equivalente à resultante dos direitos patrimoniais do autor durante 25 anos a contar da sua publicação ou divulgação a quem as fizer licitamente (art. 39.º, 1). Por último, a duração de protecção para as obras que tiverem como país de origem um país estrangeiro não pertencente à União Europeia e cujo autor não seja nacional de um país da União é aferida pela lei do país de origem, se não exceder a fixada nas regras de duração dispostas no Código (668).

3. A referência à obra estrangeira leva-nos a caracterizar, sucintamente, o princípio da territorialidade. Em sede de concorrência de normas no espaço, dispõe o art. 48.º, 1 CCiv que “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”. Legislação especial essa que se encontra vazada no Código, o qual prescreve o princípio da territorialidade segundo o qual “a ordem jurídica portuguesa é em exclusivo competente para determinar a protecção a atribuir a uma obra, sem prejuízo das convenções internacionais ratificadas ou aprovadas” (art. 63.º).

Por outras palavras, sendo a protecção de uma obra reclamada no território português, a lei portuguesa declara-se exclusivamente competente para o efeito. Isto é, quer se trate de obras de autores nacionais ou estrangeiros, quer se trate de obras que têm como país de origem Portugal ou outro país, a ordem jurídica portuguesa declara-se exclusivamente competente para determinar a protecção a atribuir a uma obra.

Assim, por um lado, as obras de autores nacionais ou que tiverem Portugal como país de origem são protegidas ao abrigo do Código. Por outro lado, as obras de autores estrangeiros ou que tiverem como país de origem um país estrangeiro são protegidas ao abrigo do Código, sob reserva de reciprocidade, a menos que outra coisa resulte de convenção internacional a que o Estado português esteja vinculado (art. 64.º). Especial relevo reveste o critério do país de origem, pelo qual se entende: relativamente às obras publicadas, o país da

primeira publicação, a menos que a obra tenha sido publicada simultaneamente em vários países (abrangendo a publicação em dois ou mais países dentro de trinta dias a contar da primeira publicação, incluindo esta) que concedam duração diversa ao direito de autor, caso em que o país de origem será aquele que conceder menor duração de protecção, na falta de tratado ou acordo internacional aplicável (art. 65.º); relativamente às obras não publicadas, entende-se por país de origem aquele a que pertence o autor, excepto quanto às obras de arquitectura e de artes gráficas ou plásticas incorporadas num imóvel, caso em que o país de origem é aquele em que essas obras forem edificadas ou incorporadas numa construção (art. 66.º).

A Convenção de Berna (Acto de Paris de 1971) desempenha aqui um papel da maior importância. Pois que, para além de garantir uma protecção mínima de direitos patrimoniais e morais, atribuída independentemente de formalidades (registo e depósito), consagra o princípio do tratamento nacional e o princípio da independência no seio da União. Em termos gerais, isto significa que os Estados Unionistas deverão conceder protecção às obras dos autores estrangeiros ou que tenham como país de origem um país estrangeiro, independentemente de as obras serem aqui protegidas e do modo como o são. Isto é, as obras de autores nacionais de um país Unionista ou que tenham aí residência habitual, bem como as obras publicadas, pelo menos, num país da União, serão protegidas em cada Estado da União como se fossem obras de autores nacionais do país unionista onde a protecção é reclamada (art. 5.º); protecção essa que, em princípio, não está subordinada à reciprocidade ⁽⁶⁶⁹⁾.

Verlagsrecht, p. 340).

⁽⁶⁶⁷⁾ Directiva Duração Protecção, cons. 5 e 6 (sobre esta directiva v., Maier, RMUE 1994, p. 49; Dietz, GRUR Int. 1995, p. 670 s.; Vogel, ZUM 1995, p. 451, com análise da transposição; para uma crítica à regra dos 70 anos *post mortem auctoris*, propondo o prazo geral de 30 anos após apresentação pública, e de 15 anos para os programas de computador, Pedro Cordeiro, *A duração*, p. 173). Para uma análise da transposição da directiva para a ordem jurídica interna poderá ver-se o nosso *O Tempo e o Direito de Autor*, in *Temas de Propriedade Intelectual*, p. 75.

⁽⁶⁶⁸⁾ Para mais desenvolvimentos sobre o princípio da temporalidade, v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 331 s.; Rebello, *Introdução*, p. 187 s.

⁽⁶⁶⁹⁾ Como veremos no capítulo relativo à digitalização do direito de autor, a subsistência do princípio da territorialidade é posta em causa no ambiente digital das

§ 32. GESTÃO (COLECTIVA) DO DIREITO DE AUTOR

1. A análise dos princípios fundamentais do direito de autor não ficará completa sem uma referência ao problema da gestão do direito de autor, que abordaremos sucintamente. Trata-se de um instituto, cuja regulamentação entre nós, em comparação com o regime espanhol, já foi qualificada de “extremamente pobre” (670). Não obstante — *et pour cause* —, torna-se importante compreender a problemática, para entender depois os termos como as novas tecnologias intervêm neste domínio.

A natureza incorpórea das obras protegidas pelo direito de autor e das prestações protegidas pelos direitos conexos traduz-se na sua ubiquidade. Isso significa que as obras podem ser, simultaneamente, objecto de múltiplas utilizações por diversas pessoas, o que compromete a capacidade do titular dos direitos, quer de autorizar as utilizações, quer de as controlar. Tanto mais, que, como refere Luiz Francisco Rebello, a “proliferação dos meios técnicos de fixação, reprodução e difusão das obras tuteladas pelo Direito de Autor, a industrialização e massificação dos bens culturais, vieram tornar praticamente impossível ao autor, individualmente considerado, acompanhar e controlar, no tempo e no espaço, as múltiplas utilizações das suas obras[, ao passo que] aqueles que as utilizam teriam a maior dificuldade em obter, individualmente de cada um deles, a autorização de que a lei faz depender a sua utilização” (671).

Para obviar a estas dificuldades, consagra-se o instituto da gestão do direito de autor, com especial destaque para as entidades de gestão colectiva. Com efeito, “de uma forma geral, o autor não está em condições de explorar, ele próprio, a obra, pelo que o recurso a terceiros que justamente se dedicam a comunicar ao público obras protegidas se apresenta como a via mais adequada. [...] Tudo aponta, assim, para a inevitabilidade da criação de um sistema de gestão colectiva do direito de autor, em que determinado organismo vai vigiar a utilização de obras protegidas, negociar com os potenciais utilizadores, receber as retribuições correspondentes e reparti-las pelos respectivos titulares” (672).

Em suma, aos autores e titulares de direitos é difícil senão mesmo impossível controlar a exploração da obra por parte de terceiros, uma vez

redes informáticas globais (WWW). Na verdade, “as questões que a digitalização levanta são de ordem global e requerem respostas e soluções globais. A rapidez com que a informação vai circular significa que o mundo se torna pequeno, sendo, de facto, abolidas as fronteiras nacionais e, portanto, num futuro não muito longínquo, o princípio da

que esta é passível de múltiplas utilizações simultâneas em locais diferentes. Por isso e tendo ainda em conta o carácter individual do direito de autor bem como o seu conteúdo duplo, pessoal e patrimonial, torna-se clara a dificuldade prática inerente ao exercício deste direito (673). Por outras palavras, considerando “a multiplicidade de utilizações de que uma obra literária ou artística é susceptível, a sua disseminação no espaço e no tempo e a prática impossibilidade de as controlar, o recurso a um organismo de gestão é sem dúvida o processo mais frequente” (674).

A gestão colectiva apresenta vantagens quer para os interesses dos autores e titulares de direitos, quer para os interesses dos utilizadores. Em relação aos primeiros, permite o controlo das utilizações e a arrecadação de receitas. Em relação aos segundos, torna possível a existência de um organismo junto de quem podem obter autorizações de utilização das obras, sem para o efeito carecerem de negociar individualmente cada utilização da obra com cada titular de direitos. Em suma, “os titulares de direitos autorizam as organizações de gestão colectiva a gerir os seus direitos, isto é, a controlar a utilização das suas obras, a negociar com os eventuais utilizadores, a conceder-lhes, mediante o pagamento de uma retribuição apropriada, autorizações nas condições desejadas, a receber as remunerações e a reparti-las entre os titulares de direitos” (675). Por seu turno, a gestão colectiva tanto pode exercer-se em relação a obras individuais dos autores, como à globalidade dos seus repertórios, sendo esta “a situação mais frequente nas associações pluridisciplinares, dada a interpenetração das várias modalidades de exploração de que uma obra é susceptível e que encontra no *multimedia* a sua expressão mais acabada.” (676)

2. Em princípio, a gestão deveria ser individual, em termos de cada utilização ser objecto de uma autorização individual, previamente negociada entre o titular dos direitos ou o seu representante e o utilizador. De igual modo, a representação deveria ser voluntária, assistindo ao titular dos direitos a faculdade de escolher os seus representantes (art. 72.º). Em alguns casos, porém, a lei atribui poderes de representação a determinadas pessoas, como sejam, por ex., os produtores de obras cinematográficas (art. 126.º, 3) ou as

territorialidade em que está sedimentado o actual Direito de Autor inevitavelmente se tornará obsoleto.” (Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 180-1).

(670) Dietz, *El Derecho de autor*, p. 176 (acrescentando: “Precisamente desde el punto de vista de una vigilancia suficiente de las entidades de gestión en el marco de una reglamentación especial, con el fin también de evitar un juicio sobre el aspecto jurídico-monopolístico, esa reglamentación no es suficiente”).

peçoas autorizadas a divulgar obra anónima (art. 30.º, 1). Em certas situações, a lei institui mesmo a representação obrigatória. Assim se passa em relação ao direito de retransmissão por cabo, que só pode ser exercido através de uma entidade de gestão colectiva do direito de autor ⁽⁶⁷⁷⁾.

Por outro lado, da simples qualidade de sócio ou aderente ou da inscrição como beneficiário dos serviços de entidades de gestão do direito de autor, parece resultar a atribuição legal a estas últimas de poderes de representação, que desempenham essa função como representantes dos titulares de direitos (art. 73.º, 1). O teor literal desta norma, cuja redacção é devida à Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro, gerou uma acesa polémica. No entender do Prof. Oliveira Ascensão, tratou-se de “mais uma cedência à pressão das sociedades de gestão, [e que] está errado, pois [...] a procuração só pode ser outorgada pelos próprios, e não pela lei, pois semelhante representação legal constituiria um confisco dos direitos de autor, que seria anticonstitucional [concluindo] que, diga o que disser a lei, a entidade que for mera mandatária não se transformou com isso em representante” ⁽⁶⁷⁸⁾.

Em réplica a estas afirmações, sustentou Luiz Franciso Rebello que em causa estaria a representação prevista e regulada nos arts. 258.º e seg. do Código Civil: “Trata-se de representação [...] voluntária [...]. A ‘procuração’ [...] é o acto de adesão do autor, como sócio ou beneficiário, ao organismo gestor que irá representá-lo” ⁽⁶⁷⁹⁾. Em sentido idêntico pronuncia-se também Almeno de Sá, considerando que: “No quadro do direito positivo português, as associações e organismos constituídos para gestão do direito de autor desempenham essa função como representantes dos respectivos titulares, resultando a representação da simples qualidade de sócio ou aderente ou da inscrição como beneficiário dos respectivos serviços” ⁽⁶⁸⁰⁾.

Está fora do âmbito deste trabalho cuidar da qualificação que a lei possa impor às relações entre autores e sociedades de gestão colectiva. Dada a acuidade do problema, sempre diremos, porém, que nos parece problemático que a lei pareça atribuir *ne varietur* poderes de representação às entidades de gestão colectiva, pelo simples facto de um autor se inscrever como beneficiário

⁽⁶⁷¹⁾ Rebello, *Introdução*, p. 123.

⁽⁶⁷²⁾ Almeno de Sá, *Liberdade no direito de autor*, p. 377-8.

⁽⁶⁷³⁾ Cfr. Marizcurrena, *La gestión colectiva*, p. 917.

⁽⁶⁷⁴⁾ Rebello, *Introdução*, p. 221.

⁽⁶⁷⁵⁾ Rapport OMPI, Le Droit d’Auteur 1989, 330, *apud* Bertrand, *Le droit d’auteur*, p. 341.

⁽⁶⁷⁶⁾ Rebello, *Introdução*, p. 223.

rio dos serviços dessa entidade. Não que se pressuponha qualquer prejuízo na actuação destas entidades, mas antes porque se trata de um acto jurídico cujo efeito não deveria ser necessariamente a atribuição de poderes de representação.

Ao menos deveria ser considerada a possibilidade de inscrição como beneficiário de serviços destas entidades, conjugadamente com a não atribuição de poderes de representação, se o autor assim o quisesse. Isto é, pressupondo que da norma resulta efectivamente a atribuição de poderes de representação às entidades de gestão colectiva, sempre deveria tal norma ser qualificada como dispositiva, no sentido de permitir ao autor reservar a não atribuição desses poderes. A interpretação que propomos funda-se, aliás, no princípio que informa a norma e que não será outro senão o da protecção do autor (e demais titulares de direitos).

3. É profundo o impacto que a gestão colectiva produz no direito de autor, *maxime* quando em causa estão os “grandes utentes”, como as empresas de radiodifusão. Na verdade, em direito de autor, entre a *law in the books* e a *law in action* está este instituto da gestão de colectiva que parece imprimir ao direito de autor feições algo distintas daquelas que, *prima facie*, resultam do regime legal. Como escreve o Prof. Oliveira Ascensão, por força da gestão colectiva, “o direito de autor, de direito que pode ser exercido por mandatário, tornou-se direito que só pode ser exercido por meio de mandatário: direito necessariamente não pessoal. E de direito de autorização passou a direito de remuneração. O que significa que tudo o que dizem as leis sobre a necessidade de o autor autorizar previamente a utilização é ficcioso: ao autor só cabe decidir que a obra seja utilizada. Troca isso na prática por um crédito a uma remuneração contra o ente de gestão. / Poderíamos pensar que os entes de gestão negociam cada utilização individual. [...] Mas não se passa nada disto. Os entes de gestão dão autorizações genéricas. Outorgam a licença para utilizar aquela obra pura e simplesmente. Pelo que nenhuma utilização requer,

(⁶⁷⁷) Arts. 7.º e 8.º Decreto-Lei n.º 333/97, 27-11.

(⁶⁷⁸) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 694 (“O ente de gestão é, necessariamente, apenas mandatário” — p. 696). A qualificação da sociedade de gestão como mandatária parecia constituir interpretação dominante na redacção anterior da lei (v. Dietz, *El Derecho de autor*, p. 176).

(⁶⁷⁹) Rebello, *Introdução*, p. 123, 228, 230-1, 233. No direito alemão, o chamado *Wahrnehmungsvertrag* (contrato de “defesa-arrecadação”) é caracterizado como um contrato em sentido próprio, com elementos de mandato, sociedade, serviços e gestão de negócios

afinal, autorização individual. [...] Mas muito mais do que isso. Não há negociação de obras singulares. Há negociação de toda a carteira de obras de que o ente de gestão é titular. [...] A negociação é feita a granel. [...] O carácter individual perdeu-se completamente. A obra é um elemento de massa. [Assim,] o direito de o autor, fundado em profundas razões morais, autorizar prévia e individualmente cada utilização da sua obra, desaparece com o forçado ingresso numa entidade de gestão, em troca do crédito a uma percentagem do bolo resultante da quantidade da utilização feita (ou suposta) das suas obras. [...] Isto significa [ainda] que o autor fica submetido às condições de actuação das entidades de gestão. É forçado a aderir a uma entidade de gestão, aceitando em bloco as condições desta. O que quer dizer que o verdadeiro problema para ele passa a ser o da defesa perante a entidade de gestão, única entidade com quem afinal contacta” (681).

Em suma, o direito de autor, ao invés de ser de ser um direito de autorização pessoal, seria um mero direito de remuneração exercido mediante gestão legalmente confiada a terceiro, a entidade de gestão colectiva. Além disso, a gestão seria feita em termos de autorizações genéricas, e em carteira, desaparecendo todo o carácter individual que o regime legal parece definir. Esta análise é corroborada pelo facto de que: “Em extensas áreas de exploração de direitos autorais, o autor não tem alternativa senão associar-se a um organismo de gestão colectiva ou aderir às condições por este estabelecidas para prestar os serviços pretendidos”, a isto acrescentando que as “entidades de gestão, enquanto representantes dos autores, estabelecem as condições, normalmente em termos rígidos, sob as quais os pequenos e grandes utentes podem fruir das obras que estão encarregadas de gerir. Em regra, tais condições corporizam-se em autorizações genéricas ou licenças globais de utilização” (682).

Ora, esta análise crítica do *status quo* foi, porém, refutada. A gestão colectiva seria, não um mal necessário, mas antes uma exigência da própria realidade, em

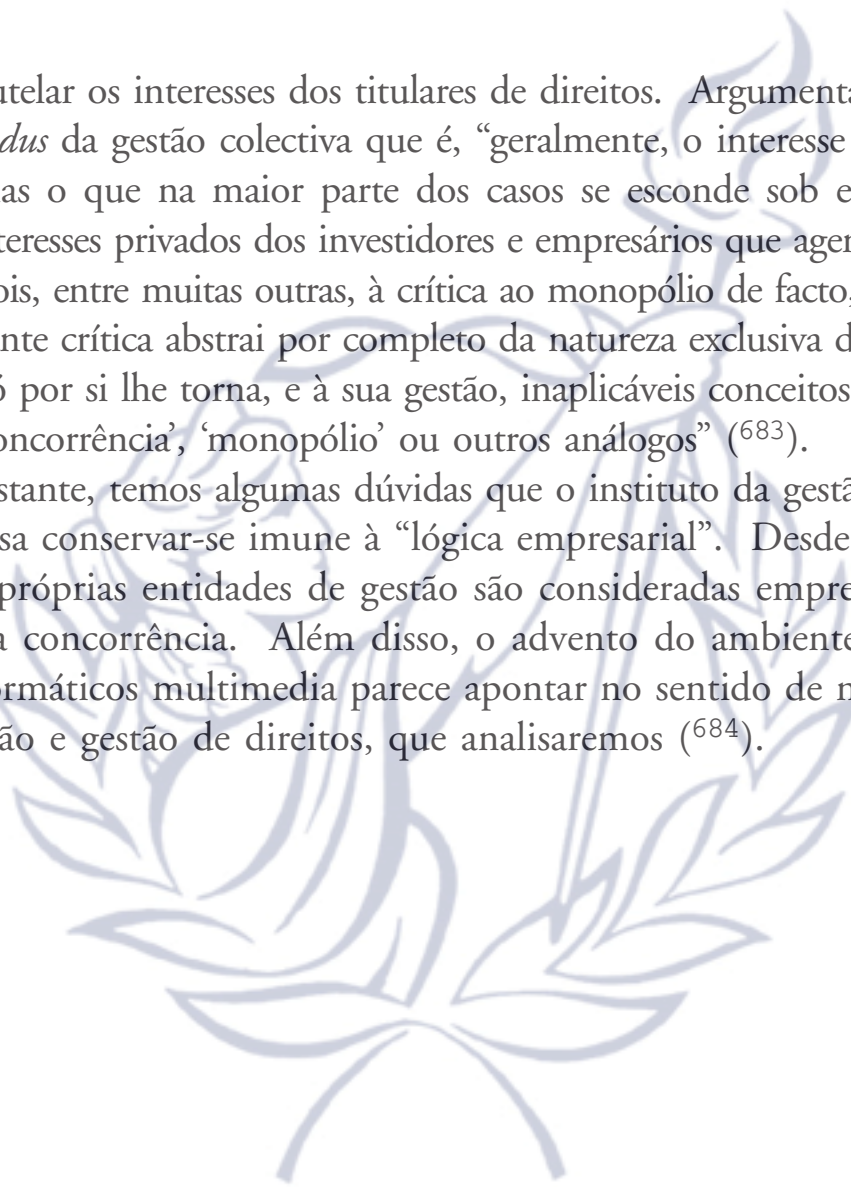
(v., por ex., Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, p. 183).

(680) Almeno de Sá, *Liberdade no direito de autor*, p. 381.

(681) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 691-3, 696 (críticas estas que sobem de tom, dirigindo-se, nomeadamente, aos “poderes de autoridade” das entidades de gestão, ao que se juntaria o facto de que, apesar de ser prevista a regulamentação legal do regime das entidades de gestão colectiva (art. 218.º), estas entidades continuarem, ainda hoje, a estar “fora-da-lei” — p. 698; para uma refutação a essas críticas e uma contra-crítica ao regime projectado para essas entidades, considerado de “manifesta inconstitucionalidade”, seguindo “o modelo alemão, inteiramente estranho à tradição liberal e humanista”, Rebello, *Introdução*, p. 235 s., 237-8, v., ainda, *Gestão colectiva*, p. 793 s.).

ordem a acautelar os interesses dos titulares de direitos. Argumenta-se contra a crítica ao *modus* da gestão colectiva que é, “geralmente, o interesse público que se invoca, mas o que na maior parte dos casos se esconde sob essa capa é a defesa dos interesses privados dos investidores e empresários que agem na área da cultura”; depois, entre muitas outras, à crítica ao monopólio de facto, responde-se que “semelhante crítica abstrai por completo da natureza exclusiva do Direito de Autor, que só por si lhe torna, e à sua gestão, inaplicáveis conceitos como os de ‘mercado’, ‘concorrência’, ‘monopólio’ ou outros análogos” (683).

Não obstante, temos algumas dúvidas que o instituto da gestão do direito de autor possa conservar-se imune à “lógica empresarial”. Desde logo, como veremos, as próprias entidades de gestão são consideradas empresas em sede de direito da concorrência. Além disso, o advento do ambiente digital dos sistemas informáticos multimedia parece apontar no sentido de novas formas de organização e gestão de direitos, que analisaremos (684).



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



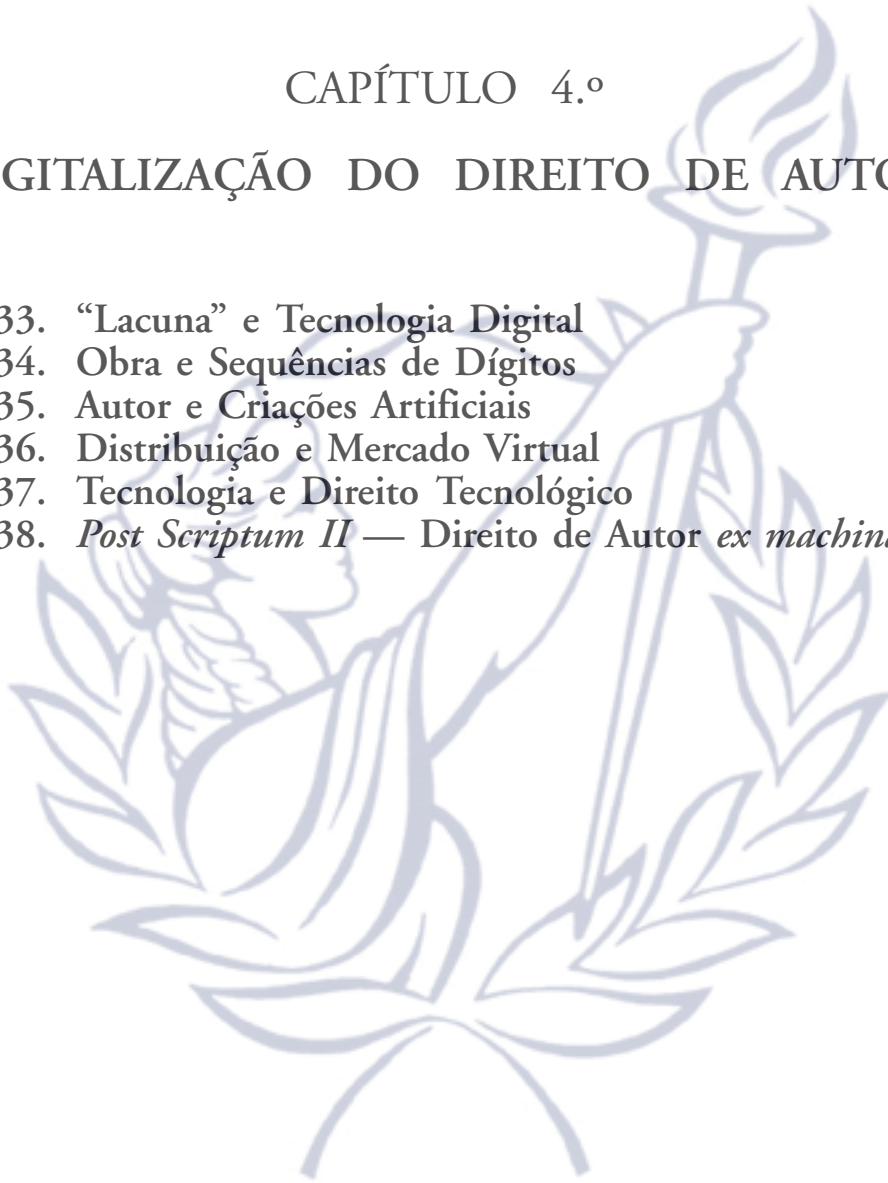
AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

CAPÍTULO 4.º

DIGITALIZAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR

- § 33. “Lacuna” e Tecnologia Digital
- § 34. Obra e Sequências de Dígitos
- § 35. Autor e Criações Artificiais
- § 36. Distribuição e Mercado Virtual
- § 37. Tecnologia e Direito Tecnológico
- § 38. *Post Scriptum II* — Direito de Autor *ex machina* (?)



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

(⁶⁸²) Almeno de Sá, *Liberdade no direito de autor*, p. 378-9.

(⁶⁸³) Rebello, *Introdução*, p. 238-9, 242. A situação de monopólio das sociedades de gestão colectiva é considerada por alguns autores como benéfica em razão da organização que possibilita em sede de gestão de direitos, havendo mesmo quem sustente que “a posição de monopólio das sociedade de gestão é inteiramente desejável” (Rehbinder, *Urheberrecht*, p. 326).

(⁶⁸⁴) Para uma análise da gestão colectiva no direito comparado, incluindo os modelos legais de constituição, dissolução e funcionamento das sociedade de percepção e repartição de direitos, v. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 406 s.; desenvolvidamente, Melichar, *Die Wahrnehmung*, 1983; v., ainda, por ex., Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, p. 299 s.

§ 33. “LACUNA” E TECNOLOGIA DIGITAL

1. O nosso Código data de meados da década passada. Foi revisto algumas vezes, em especial, recentemente, para transpor directivas comunitárias. Em curso estará a transposição da directiva bases de dados. Em matéria de programa de computador, qual cavalo de Troia da tecnologia digital, optou o nosso legislador, à semelhança do seu congénere belga, por deixá-lo fora do Código.

Entretanto, o paradigma tecnológico digital impôs-se e parece não restar outra solução senão abrir o Código às redes digitais e aos agentes electrónicos inteligentes que pululam na WWW. Como vimos, isso mesmo foi já reconhecido na transposição de uma directiva comunitária: “Evitou-se a introdução de alterações profundas no corpo dos normativos do Código, por se entender que a revisão deste, se bem que necessária, representa um trabalho a realizar num horizonte de tempo mais longo” (Decreto-Lei n.º 332/97, 27-11). Esse trabalho passa, em larga medida, e à falta de melhor expressão, pela digitalização do direito de autor, tendo em conta, sobretudo, as “auto-estradas” da informação, a Internet, em suma, o novo paradigma do ciberespaço ⁽⁶⁸⁵⁾.

A adaptação do direito de autor à diferença quantativa e qualitativa da tecnologia digital tem exigido uma reconceptualização normativa do instituto. Todavia, entende-se que, no essencial, “os princípios cardinais não mudaram” ⁽⁶⁸⁶⁾. A análise dos princípios fundamentais do direito de autor,

⁽⁶⁸⁵⁾ É abundante a bibliografia produzida especificamente sobre o direito de autor na Internet e no ciberespaço, à semelhança do que se passara com o *software* e o multimedia; entre numerosas obras e autores, v., por ex., Dixon/Self, EIPR 1994, p. 465; Koch, NJW-CoR 1995, p. 259; Crown, CL&P 1995, p. 171; Loundy, JCIInFL 1995, p. 3; Ginsburg, Columbia LR 1995, p. 1466; Bercovitz, GRUR Int. 1996, p. 1010; Nordemann/Goddard/Tönhardt, CR 1996, p. 645; Koch, GRUR 1997, p. 417; Ernst, NJW-CoR 1997, p. 224; Schlachter, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 15; Millé, EIPR 1997, p. 570; Katzenberger, AfP 1997, p. 434; Ya-Ching Lee, CL 1998, p. 37; v., ainda, Goldstein, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Box*, 1994; Hugenholtz, *Adapting Copyright to the Information Superhighway*, p. 81 s.; Schwarz, *Urheberrecht im Internet*, p. 13; Gandelman, *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na Era Digital*, 1997; Lee/Davidson (eds.), *Intellectual Property for the Internet*, 1997.

⁽⁶⁸⁶⁾ Ballesteros, *El viejo mundo del derecho de autor*, p. 51 (“En otras palabras, el ‘viejo mundo’ del derecho de autor sigue siendo el de hoy y será el de mañana. Los cambios que se están preparando son nada más que la perpetua adaptación a nuevas

incluindo a referência aos direitos conexos, permitir-nos-á compreender a complexidade e abrangência dos problemas que a informática e a tecnologia digital põem ao direito de autor, *maxime* no ambiente digital em rede. Se a propósito da lei espanhola de 1987 (LPI) se escreveu que, por causa das novas tecnologias em que os meses são anos, terá nascido como “uma lei conservadora e um tanto obsoleta” (687), a propósito da nossa diríamos que, no mínimo, não foi feita “para abranger este meio técnico de utilização” (688).

É um lugar comum afirmar-se que a evolução do direito de autor confunde-se com o progresso tecnológico, ou que “a história do direito de autor é um processo de reacção jurídica aos desafios da técnica” (689), ou, ainda, que a propriedade intelectual evolui em resposta à mudança tecnológica (690). À mudança de paradigma tecnológico, do analógico para o digital, deverá corresponder necessariamente a adaptação do direito de autor ao novo ambiente (691). Sustenta-se, a propósito, que “se a técnica pode trazer uma ajuda preciosa não apenas para controlar mas também para determinar as utilizações individuais, e melhor atribuir a cada criador individual o valor desta utilização individual, [...] o estabelecimento de um laço entre a utilização individual e a obra individual não faz senão tornar o direito de autor mais transparente, não pode senão reforçar o nosso direito de autor” (692).

Não obstante, este “reforço do direito de autor” parece ter um preço social grave, uma vez que, recordando as palavras do Prof. Miguel Baptista Pereira: “Toda a informação armazenada fica também esclerosada e isolada e, por isso, Wiener formulou o princípio da circulação, que transforma a informação num processo, de cuja paralisação decorreria a decadência social, porque a informação é o cimento da sociedade. A conversão da informação em mercadoria armazenada com fins lucrativos é sinónimo de degradação e de enfraquecimento da corrente contínua, que deve irrigar a sociedade” (693).

2. Abordámos, sucintamente, o problema de saber se a noção de obra, que constitui o objecto do direito de autor, poderá abranger criações informáticas, como sejam os programas de computador, as bases de dados electrónicas, as obras geradas por computador e as criações multimedia. Para

tecnologías y nuevos mercados.” — p. 51).

(687) Rogel Vide, RDP 1996, p. 699.

(688) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 483.

(689) Schricker, *Urheberrecht*, Einl., p. 52.

(690) NII White, p. 7.

o efeito, analisámos as características típicas da obra enquanto objecto de protecção, em especial no que respeita aos requisitos de tutela. Constatámos que se trata de uma noção geral, de concretização aberta, ilustrada através de um catálogo de exemplos. Não obstante, veremos, agora, que a informática põe problemas à concepção da obra em si mesma.

Estreitamente relacionada com isto está a questão da noção de autor, dado que cada vez mais o acto de criação é assistido, senão mesmo realizado, por computadores, através de programas informáticos e bases de dados electrónicas, recorrendo a material preexistente. Em causa está saber, portanto, o que se cria e quem cria no ambiente digital dos sistemas informáticos interactivos, pois que a própria noção de autor é afectada pela tecnologia digital da informática. Por outras palavras, a “visão romântica de autoria” (694) é profundamente afectada no emergente paradigma tecnológico.

Por outro lado, põe-se o problema de apurar o significado, face ao direito de autor, de actos praticados sobre obras por meios informáticos. Trata-se de saber se actos como o carregamento e o armazenamento de uma obra na memória de um computador afectarão o direito de gozo exclusivo e em que termos (695). Vimos que, à semelhança da noção de obra, o direito exclusivo é definido através de uma cláusula geral que abrange todos os modos possíveis de utilização, presentes ou futuros. Cláusula geral essa que é ilustrada mediante um catálogo de exemplos de formas de utilização, a que correspondem determinados regimes especiais.

Contudo, apesar de não se tratar de uma tipificação taxativa das formas de utilização, torna-se necessário saber em que termos se processa a utilização de obras por computador. Claro que, desde logo, será necessário pressupor uma noção do que é usar uma obra (696). Assim, por ex., os conceitos de fixação e reprodução abrangerão actos de carregamento e armazenamento na memória do computador? Se o armazenamento em disco parece não suscitar dúvidas, já será razoável perguntar se serão abrangidos actos de carregamento efémero na memória de trabalho ou na memória de navegação do dispositivo electrónico de processamento de informação, típicos do ambiente digital em rede (*browsing, caching*). Pense-se, por ex., no cibernauta que coloca em memória de navegação um local visitado, ainda que temporariamente. De igual modo, a utilização de um dispositivo informático de varrimento óptico

(691) V. Goldberg/Feder, *Copyright and Technology: The Analog, the Digital, and the Analogy*, Symposium, WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighboring Rights, 37 (March 31 — April 2, 1993), in NII White

(*scanner*) para a leitura digital da obra no ecrã do computador afectará o direito de exclusivo? E a impressão de textos e imagens visualizadas no ecrã?

O mesmo valerá, pois, para actos de “execução” da obra através do computador, de visualização em ecrã, e de transmissão electrónica de obras. Tratar-se-á de actos cuja prática é reservada em exclusivo ao titular dos direitos? Assim, por ex., como qualificar a transmissão de obras entre sistemas informáticos em rede? Que actos serão praticados relativamente à obra transmitida, incluindo o carregamento ascendente e o carregamento descendente (*uploading, downloading*)? Tratar-se-á de reprodução? E como qualificar o carregamento de uma obra num sistema informático aberto? Para além de reprodução poder-se-á falar em comunicação ao público? Neste contexto, não poderá haver, ainda, actos de distribuição, incluindo o aluguer e o comodato? Ou tratar-se-á essa transmissão em linha de um acto de comunicação pública?

Na verdade, tudo isto é problemático. Às categorias de fixação e reprodução parece faltar a durabilidade e a corporalidade do suporte, o mesmo valendo para a distribuição, relativamente aos exemplares. De igual modo, é problemático que se trate de um acto de comunicação pública, uma vez que a comunicação da obra será feita a pedido, para utilização em privado, num meio familiar. Outros problemas são postos por actos como a ligação (*linking*) entre dois locais na rede. Tratar-se-á de uma faculdade abrangida no direito à obra derivada? Isto é, poder-se-á falar numa forma de adaptação da obra?

Acresce que também os direitos morais são postos em causa. A natureza metamorfósica e plástica que as obras revestem no contexto digital e interactivo da informática põe em causa os tradicionais conceitos de paternidade, integridade e genuidade, para não falar, só por si, dos actos de modificação da obra, que, como vimos, são valorados como virtualmente lesivos do direito moral⁽⁶⁹⁷⁾. Com efeito, sob forma digital, as obras exprimem-se em sequências binárias, cuja manipulação e reconfiguração permite, por ex., a introdução de novas personagens num filme,

Paper, p. 178, n. 505.

⁽⁶⁹²⁾ Dreier, *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, p. 130-1.

⁽⁶⁹³⁾ Baptista Pereira, *Filosofia da Comunicação*, p. 65.

⁽⁶⁹⁴⁾ Boyle, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge 1996, p. 58.

⁽⁶⁹⁵⁾ Desbois, *Le droit d'auteur*, p. 57 (já no sentido da interferência da memorização informática com o direito de reprodução).

⁽⁶⁹⁶⁾ Millé, *Uso de obras por la informática*, p. 329-30 (definindo a utilização de uma obra como “simplesmente, fazer uso — por propriedade ou delegação — das faculdades exclusivas que as leis concedem aos autores, explorando-as de alguma maneira”).

a sua colorização parcial e toda uma série de alterações à obra.

Tudo isto parece afectar a compreensão tradicional do direito moral, se for de entender que os actos de modificação são, só por si, lesivos deste direito. E, mesmo que se entenda, como nós, que o que está em causa é a protecção da personalidade do autor, mesmo assim as características da irrenunciabilidade e inalienabilidade deste direito implicam que, em princípio, as modificações da obra estarão sempre, em última instância, sujeitas ao controlo do autor.

Depois, surgem, de igual modo, questões ligadas aos princípios da territorialidade e da temporalidade, que acima enunciámos, mas que não desenvolveremos, por razões de delimitação do objecto desta investigação. Refira-se, apenas, todavia, que o ambiente digital dos sistemas informáticos em rede não conhece fronteiras, o que levanta questões extremamente delicadas em sede de direito internacional privado. Qual será a legislação aplicável a um acto não autorizado de colocação à disposição do público num local da rede de uma obra protegida que poderá ser utilizada nos terminais informáticos de todo o mundo, incluindo as facilidades, por ex., de reprodução em discos digitais e de impressão (a preto e branco ou a cores)? ⁽⁶⁹⁸⁾

A estas questões juntam-se outras relativas à protecção do material através de aplicações da tecnologia informática, como sejam a criptografia (cifragem e assinaturas digitais) e a estenografia, as quais revestem, ainda, especial importância no domínio da gestão de direitos. Com efeito, o ambiente digital dos sistemas informáticos em rede permite, em certos termos, a personalização da utilização de bens culturais, ao mesmo tempo que torna possível uma gestão de direitos mais individualizada. Todavia, é duvidoso que a utilização de obras por este meio não aponte antes no sentido do reforço dos sistemas de gestão colectiva, em ordem a facilitar o acesso e a exploração das obras no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede, *maxime* na WWW.

3. A informática exige que se distingam, com rigor, os diferentes actos de utilização de obras sob forma digital. Nessa medida, torna-se necessário rever o significado jurídico de conceitos como a fixação, a reprodução e a comunicação ao público, tendo em conta novos actos como o armazenamento e o carregamento em memória, a execução e visualização, a transmissão em linha. Actualmente, não é claro que a digitalização e a transmissão de uma

⁽⁶⁹⁷⁾ Cfr. Rehbinder, ZUM 1995, p. 684; Gendreau, Ent LR 1995, p. 214.

⁽⁶⁹⁸⁾ Sobre o tema, que não vamos analisar, v., para além dos relatórios nacionais de Gautier (France), Dreier (Germany) e Ginsburg (USA), o relatório geral de Koumantos,

obra protegida ao utilizador constituam já uma reprodução ou, ainda, uma comunicação ao público e, portanto, um acto sujeito ao direito de autor.

Muitos dos problemas a que fazemos referência já foram tratados, desenvolvidamente, entre nós, pelo Prof. Oliveira Ascensão, no quadro da relação entre direito de autor e informática, incluindo, como vimos, a questão da protecção pelo direito de autor de programas de computador, bases de dados informáticas e obras geradas por computador. Em causa está agora analisar as posições sustentadas relativamente ao valor de actos como a armazenagem de uma obra na memória de computador, a transformação automática, a apresentação visual e o chamamento para visualização da obra no ecrã.

Para começar, relativamente ao problema da armazenagem ou fixação de obra, sustenta o Prof. Oliveira Ascensão que a armazenagem é tecnicamente equiparável a um acto de fixação e não já de reprodução, sendo que, de *lege data*, na hipótese do direito de fixação não estariam previstos estes casos. Nas suas palavras, a “armazenagem de dados num computador representa tecnicamente uma fixação, e esta é figura distinta da reprodução. [Porém,] a memorização em computador [...] não está incluída no direito de fixação [podendo] ser quando muito operação prévia de reprodução, mas não é ainda reprodução. Ora, só com a reprodução o direito de autor é atingido” (699).

Além disso, constata que o computador pode reproduzir, elaborar (transformar) e apresentar visualmente obras que tenham sido armazenadas na sua memória. Assim, é reconhecida aos computadores a capacidade de produção de exemplares da obra (reprodução). Mas, verifica-se, ainda, que o computador permite a elaboração (transformação) automática de obras. Todavia, em conformidade com os princípios referidos, sustenta que os resultados da transformação (uma tradução ou uma combinação nova de textos) não serão protegidos por constituírem “obra de máquina” e não uma “criação pessoal”, admitindo-se, todavia, “que tais alterações sejam reservadas quando preludirem a utilização pública” (700).

Por outro lado, considera-se que o computador permite o acesso à obra a partir de terminal, possibilitando a sua apresentação visual ou visualização, independentemente de reprodução ou, mesmo, de fixação. Diz-nos o Prof.

Les aspects de droit international privé, p. 257. Refira-se, a este propósito, o Parecer do Comité Económico e Social sobre o Livro Verde 1995, em que concordava, em princípio, com a sugestão da Comissão no sentido de a dificuldade das frequentes transferências de dados entre Estados ser resolvida pela regra do ‘país de origem’, à semelhança da directiva

Oliveira Ascensão que “a introdução da obra no computador, não para armazenamento, mas para elaboração imediata, poderia não ser qualificada fixação, considerando-se que o art. 141.º-1 exige para esta um carácter duradouro que aqui não se encontraria”; deste modo, na sua opinião, os actos de carregamento temporário na memória de trabalho do computador não constituiriam actos de fixação, sustentando, ainda, que “nessas hipóteses temos uma representação ou apresentação no visor, que em si não tem que ver com a formação de exemplares; e uma gravação que não é preparatória de uma reprodução, pois se destina apenas a tornar possível um trabalho de análise de obra, que em si é livre” (701).

Não obstante, apesar de o acto de carregamento ser considerado livre, poderemos perguntar se esta “representação” ou apresentação no visor constituirá um acto de utilização pública. Isto é, consistindo essa representação numa forma de comunicação, será questionável saber se é abrangida, ou não, pela liberdade de uso privado. Ora, no entender do Prof. Oliveira Ascensão não seriam relevantes para afastar a natureza privada desta comunicação, quer a circunstância de vários utilizadores poderem recorrer simultânea ou sucessivamente à base de dados, quer o entendimento de que a natureza pública da comunicação não dependeria da aglomeração do público mas apenas “do facto de a obra ser posta à disposição de pessoas que não se limitam a um círculo fechado” (702). A representação ou chamamento para visualização consistiriam, portanto, em actos de utilização privada, não sendo abrangidos, por isso, pelo direito de autor.

4. Assim sendo, parece chegar-se à conclusão de que o ambiente digital dos sistemas informáticos em rede seria um espaço livre de direito de autor. Excepto nos casos de produção de exemplares por computador (por ex., a produção de cópias em disquetes), os actos de utilização de obras por computadores não seriam actos reservados segundo os conceitos tradicionais do direito de autor. Assim seria para a armazenagem na memória de trabalho (carregamento descendente temporário) e para o chamamento para visualização no ecrã (carregamento ascendente). De igual modo, a transformação automática consistiria numa “obra de máquina”, não sendo, por isso, protegida.

Ora, desta interpretação do direito constituído extrai o Prof. Oliveira Ascensão uma conclusão “paradoxal”. Nas suas palavras: “Se a fixação não é

‘satélite-cabo’, embora entendesse que uma disposição jurídica deste tipo deveria salvaguardar a possibilidade de o titular do direito fazer valer os seus direitos no território em que ocorra

reservada e a apresentação visual também não, temos que as formas características de utilizações de obras por computadores são, afinal, livres. [...] O resultado não é evidentemente satisfatório, pois semelhante actividade não pode deixar de estar coberta de algum modo pelo direito de autor. Mas isto apenas mostra que as leis actuais não foram feitas para abranger este meio técnico de utilização” (703).

Depois, ao invés de se limitar a constatar a lacuna de regulamentação em sede de utilização de obras por computador, propõe uma via de superação do *status quo*, apontando a necessidade da “criação da disciplina normativa que se adequa a estas novas figuras”; disciplina essa que deveria contemplar a “introdução de sistemas de gestão colectiva” para as autorizações de utilização e a repartição das remunerações através de um “sistema informático universal”, e, complementarmente, a “dispensa legal de autorização prévia para o tratamento informático de obras protegidas” em ordem a suprir a inexistência de formas de representação institucional que permitam uma vinculação abrangendo toda uma categoria de obras; por outro lado, essa disciplina deveria colocar o acento tónico na memorização ou fixação das obras, isto é, na sua entrada no computador, mas, considerando as “necessidades da sociedade de informação” na livre utilização dos dados, a “única solução” estaria “numa dispensa generalizada de autorização prévia para a introdução no computador de obras”; haveria que admitir, ainda, em termos generalizados, a utilização livre de obras previamente difundidas pelos seus autores através de sistemas informáticos, abrangendo a sua fixação, transformação e reprodução, sem atingir, porém, os direitos pessoais (por ex., inédito, integridade, retirada); de igual modo, deveria ser criado um sistema de repartição das quantias globais arrecadadas, que se baseasse na utilização presumida, e que seria gerido por uma instituição independente; quanto aos limites, *inter alia*, deveria ser salvaguardado o uso privado e excepcionada a memorização efémera (704).

Teremos ocasião de verificar que estas teses, já então entre nós sustentadas, estiveram em discussão a nível internacional nos novos Tratados OMPI sobre direito de autor e direitos conexos, reflectindo-se na subsequente Proposta de directiva referida. Aliás, isto acresce à defesa de um regime especial de protecção de programas de computador e de bases de dados informáticas, que, a nosso ver, o legislador comunitário acolheu, ainda que não integralmente. Quer as regras de descompilação de programas de computador, quer o direito

o carregamento da informação. (Síntese do Parecer).

(699) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 478-9 (esta solução seria conforme à Convenção de Berna, que considera a gravação sonora ou visual como uma reprodução,

especial de protecção do conteúdo de bases de dados, traduzem, justamente, a superação de uma perspectiva unidimensional do problema, enxertando no tronco do direito de autor ramos jurídicos que mais se aproximam de figuras destinadas a promover a lealdade da concorrência, ou, pelo menos, de figuras afins aos direitos conexos.

Nesta lógica inserem-se também, a nosso ver, as normas de protecção periférica como seja a repressão da comercialização de dispositivos destinados a contornar medidas técnicas de protecção. A actualidade e crescente importância destas matérias justifica que lhes dediquemos um tratamento especial, após analisar os termos em que este instituto foi, em sentido próprio, utilizado pelo legislador comunitário para proteger os programas de computador e as bases de dados.

§ 34. OBRA E SEQUÊNCIAS DE DÍGITOS

1. Neste novo contexto, as obras são reunidas sob uma única forma, qualquer que seja o seu género. De igual modo, são exploradas através de estruturas de distribuição idênticas, provindo de uma mesma plataforma tecnológica digital tornada possível pela informática ⁽⁷⁰⁵⁾. Na verdade, o “que é novo e faz a radical diferença é a integração destas obras literárias, artísticas, musicais, audiovisuais, fotográficas, plásticas, numa forma digital

uma vez que “a fixação na memória do computador só esporadicamente é sonora ou visual” — p. 479-80; para a distinção operada pela nossa lei entre fixação e reprodução e respectivos regimes, v. p. 228, 234).

⁽⁷⁰⁰⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 481, em nota.

⁽⁷⁰¹⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 482.

⁽⁷⁰²⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 482.

⁽⁷⁰³⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 483.

⁽⁷⁰⁴⁾ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 483-6.

⁽⁷⁰⁵⁾ Cfr. Dreier, *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, p. 119 s., e, *Perspektiven*, p. 123 s.

⁽⁷⁰⁶⁾ Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 178.

⁽⁷⁰⁷⁾ Cfr. Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 80.

⁽⁷⁰⁸⁾ NII White Paper, p. 26. Isto poderá pôr o problema de saber se as diversas categorias de obras serão reconduzíveis unitariamente às obras literárias. Se assim for, essa equivalência das obras sob forma digital afectará o sistema tradicional de classificação das obras e poderá conduzir à eliminação de regras elaboradas em função da especificidade dos diversos meios de comunicação. Tal poderia acarretar uma maior simplicidade do direito

comum, que permite o seu armazenamento, manipulação e exibição. É precisamente a digitalização que torna possível novas formas de média, novos produtos e serviços, novos mercados, revolucionando por completo a indústria da comunicação” (706).

Ora, a digitalização afecta, desde logo, o sistema tradicional de classificação do direito de autor no que respeita aos diversos tipos de obras (707). Tendo sido elaborado por referência a diferentes meios de comunicação (imprensa, cinema, radiodifusão), o sistema de classificação das obras tem implicações importantes, quer no domínio do âmbito de protecção concedido, quer relativamente a regimes especiais de utilização. Sob forma digital as obras protegidas pelo direito de autor, como sejam imagens, fixas ou animadas, sons, textos, musica, analisam-se em sequências de dígitos, tal como os programas de computador em código-objecto. Na verdade, “em forma digital, uma obra é geralmente gravada (fixada) como uma sequência de dígitos binários (zeros e uns) utilizando meios especiais de codificação” (708).

Todavia, a digitalização poderá ter uma outra consequência pelo facto de, sob forma digital, as obras poderem combinar, ao mesmo tempo, mais do que um tipo de obra. Os dígitos são apenas dígitos, sendo irrelevante se exprimem uma obra literária, uma obra musical ou uma obra pictórica, até ao momento da execução de certas instruções que os tornam sensorialmente apreensíveis segundo um ou outro tipo de obra. Ou seja, o modo como os dígitos são processados irá determinar o tipo de obra cuja existência será sensorialmente apreendida (709).

Porém, uma sequência de dígitos, inicialmente criada como uma sequência animada de imagens, poderá ser processada para, por ex., produzir uma obra musical. Na verdade, através de dispositivos informáticos, poder-se-á gerar uma composição musical no processo de criação de obras audiovisuais, em função, por ex., do movimento registado. De igual modo, actualmente, os programas de visualização científica permitem aos investigadores atribuir símbolos visuais a diferentes tipos de dados numéricos, convertendo desse modo o que seria geralmente considerado uma obra literária numa obra pictórica. Por ex., um utensílio de interpretação de dados digitais permite processar informação gráfica de modo a produzir sons.

Em suma, os dígitos poderão ser sensorialmente apreendidos de maneira

de autor, em especial no que respeita à aplicação de regimes especiais e aos limites dos direitos exclusivos. Assim, no sistema de *copyright* estadunidense, alguns direitos exclusivos são atribuídos a certos tipos de obras protegidas pelo direito de autor, mas já não para

a constituírem, ao mesmo tempo, mais do que um tipo de obra. O que, como ilustra o exemplo referido, poderá levantar o problema de saber se se estará em face da criação não autorizada de obra derivada (710).

2. Assim, relativamente à obra, em si mesma, vemos que a digitalização e a interactividade levantam problemas delicados. Na verdade, “não restam dúvidas de que a relação com a obra literária vai necessariamente mudar, o impacto da força conjugada da digitalização e das redes nas obras visuais e audio-visuais vai provavelmente significar para a História do Homem e da Cultura o mesmo que significou em seu tempo a invenção da impressão por Gutemberg. / A digitalização começa por fazer desagregar as fronteiras entre as obras, reduzindo-as às mesmas formas de informações registadas electronicamente. Esta circunstância põe frontalmente em causa a noção de original, afinal a pedra angular do direito de autor. [...] Outro aspecto candente tem a ver com a desagregação da própria obra proporcionada pela digitalização. Esta circunstância leva a que não se pode determinar exactamente o que representa a obra, falta um ponto de referência em relação ao qual será possível determinar a originalidade, a qualidade de autor, a extensão da protecção ou ainda a contrafacção parcial da obra protegida” (711).

Sob forma digital torna-se difícil distinguir claramente os diversos tipos de obras. Antes era possível distinguir uma imagem de um texto. Porém, actualmente, a digitalização faz com que cada uma destas obras seja representada sob uma e mesma forma, consistindo em informações digitalizadas, que se traduzem em sequências numéricas ou binárias (zeros e uns). Assim, sob forma digital torna-se irreconhecível o tipo de obra de que se trata em termos de captação sensorial. Em face de uma fotografia sob forma digital é legítimo perguntar se se trata da reprodução de uma obra literária ou de um conjunto de dados digitais de uma base de dados electrónicos, ou, ainda, se não será um programa de computador uma vez que as instruções permitem a recomposição dos dados em imagens (712).

Acresce que a digitalização pode conduzir também à desfragmentação da própria obra. Com efeito, “a digitalização permite desfragmentar a obra

outros, o mesmo valendo para os limites a esses direitos (v. 17 USC § 106(4)(5), § 108: a utilização livre para fins de arquivo vale para as obras literárias, mas já não para os filmes). Por outro lado, o que pode constituir violação ao direito de autor em relação a um tipo de obras, pode já não o ser para outro tipo de obras. Assim, por ex., nas gravações sonoras, a violação só ocorre através de reprodução exacta (17 USC § 114),

até cerca de pontos individuais de uma obra de imagem, ou a sons individuais de obras musicais, e através da ‘remontagem’ de tais pequenas partes construir uma nova unidade” (713). Tradicionalmente, uma imagem é uma imagem, não sendo necessário, para efeitos do direito de autor, considerá-la como uma série de sequências de dígitos. Mas, uma vez digitalizada, passa a estar-se em face destas sequências de dígitos. Em razão dos vários efeitos que a digitalização produz sobre a obra chegou a ser proposto um novo direito: o

enquanto noutras obras o direito de autor pode ser violado através de reproduções menos literais (v. para os “motion pictures”, *Sheldon v. MGM Pictures Corp.*, 2d. Cir. 1989).

(709) Cfr. Loewenheim, GRUR 1996, p. 831.

(710) Cfr. Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 201-2.

(711) Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 80-1.

(712) Cfr. Dreier, *L’analogie, le digital et le droit d’auteur*, p. 120.

(713) Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 31.

(714) Cfr. Lehmann, *Digitalisierung*, p. 61.

(715) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 202.

(716) V. em especial para as obras multimedia, Hill, CompL 3/1996, p. 16-8.

(717) Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 32.

(718) Sobre a problemática do *sampling* musical, potenciado pela tecnologia digital, v. Hoeren, GRUR 1989, p. 11, p. 580 s.; Speß, ZUM 1991, p. 524; Bortloff, ZUM 1993, p. 476 s., Gernot, ZUM 1994, p. 15; e Weißling, *Sound-Sampling, passim*.

(719) Não é de confundir o *sampling*, que poderá consistir numa forma de reprodução ilícita, com certas formas de utilização de obras como o chamado *merchandising*, que é frequente na utilização de personagens de jogos de computador (por ex., “Super Mário”), banda desenhada (por ex., “Asterix”) ou filmes de desenhos animados (por ex., “Rato Mickey”). Ao invés de constituírem uma parte inseparável, por ex., de uma obra audiovisual, estas personagens serão autonomamente protegidas enquanto obras de arte plástica (v., por ex., Schlatter, *Rechtsschutz von Computerspielen, Benutzeroberflächen und Computerkunst*, p. 180). Juntamente com outros objectos da propriedade intelectual (por ex., marcas, logotipos) e de direitos especiais de personalidade (por ex., nome, imagem), a utilização destas figuras ou personagens para fins de *merchandising* é frequente. Com efeito, “as personagens vivem na e para a obra em que nasceram, mas desligam-se delas também cada vez mais frequentemente para ser declinadas sobre uma grande variedade de produtos derivados”, no que se chama o fenómeno do *character merchandising* (Strowel, *La protection des personnages*, p. 68).

Em termos muito breves, e apenas para assinalar a importância do direito de autor neste domínio, trata-se o *merchandising*, segundo a definição da OMPI (1993), da preparação ou utilização secundária de características pessoais essenciais de uma figura pelo criador da figura fictícia, pela pessoa natural ou por um ou mais terceiros autorizados para o efeito, com respeito a diversas mercadorias ou prestações de serviços para fins de produção de recordações junto dos considerados consumidores vindouros, em razão da afinidade dos consumidores com a figura, de modo a que adquiram as mercadorias e/ou que tomem um título de prestação de serviços; para designar juridicamente este fenómeno

direito de digitalização (714).

fala-se em direitos de *merchandising* ou “*Merchandisingrechte*” (Schertz, *Merchandising*, p. 7, e p. 5-6 para a definição OMPI). Assim, ao invés de outras formas de *marketing*, em que há promoção por associação, como o patrocínio (v. o que escrevemos sobre o *sponsoring* e os seus contratos, ROA 1998, com mais referências), no *merchandising* há uma utilização autónoma do objecto protegido seja por terceiro titular de licença, seja pelo próprio titular de direitos, na produção de mercadorias ou na prestação de serviços.

Assim, por ex., o titular de direitos sobre uma personagem protegida pelo direito de autor (por ex., “Popeye”) poderá conceder licenças a terceiros para utilização dessa imagem na confecção, por ex., de vestuário, material escolar, produtos alimentares, etc. Trata-se, portanto, de formas de utilização secundária, em que se aproveita o valor mercantil das personagens para a promoção de mercadorias ou serviços. Esta utilização secundária das personagens serve, portanto, um fim de promoção de mercadorias ou prestações de serviços, sendo caracterizada como a exploração empresarial, em especial publicitária, de figuras e outras obras protegidas pelo direito de autor (v. Schricker, in Schricker, *Urheberrecht*, § 28, p. 110; Hertin, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, Vor § 31, p. 280-1; Delp, *Der Verlagsvertrag*, p. 207). Em princípio, essa forma de utilização será abrangida pelo direito de autor, uma vez que este abrange todas as formas possíveis de utilização da obra, mesmo as futuras, para além dos tipos de utilização previstos nos catálogos legais de exemplos (art. 68.º CDADC).

Note-se, por outro lado, que o *merchandising* não se confunde com a utilização da personagem mediante incorporação noutra obra. Assim, a tecnologia digital permite a introdução de figuras da banda desenhada ou dos jogos de computador em filmes audiovisuais: por ex., uma vez digitalizado, um filme a preto e branco de Chaplin poderá ser objecto da introdução de diversas, coloridas e animadas personagens Disney. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a utilização destas personagens na produção de jogos de computador, de filmes ou de outras formas de expressão criativa. Já não se tratará aqui, propriamente, de *merchandising*, uma vez que, apesar de se aproveitar do valor comercial das figuras, esta utilização não é integrada na produção de mercadorias ou na prestação de serviços de natureza distinta, mas antes na criação ou recriação de bens culturais. Todavia, certas abordagens do fenómeno tendem a abranger estas e outras utilizações, considerando que “provavelmente a característica comum destas espécies de operações é a importância da figura [...] como uma mercadoria no seu próprio direito, independentemente dos bens, serviços aos quais esteja ligada, ou com a qual seja associada. Sem dúvida que os bens ou serviços podem eles próprios ser também desejados, *mas também por si própria é a figura.*” (Adams, *Merchandising Intellectual Property*, xxix).

Não vamos desenvolver mais esta problemática, que extravasa o nosso tema. Todavia, esta referência ao *merchandising* permite-nos tirar duas conclusões. Primeira, certas personagens ou figuras de, por ex., jogos de computador ou banda desenhada, beneficiam de protecção autónoma, sendo, por si próprias, obras. Nessa medida não se confundem com as partes de obras implicadas na problemática do *sampling*, embora também possam ser afectadas por esta aplicação da tecnologia digital. Pense-se, por ex., na utilização de

Pois que, na verdade, o que é uma obra sob forma digital? Com efeito, pode perguntar-se, então, se se trata de uma única e mesma obra, ou antes de diversas obras isoladas, uma vez que o utilizador de uma imagem digitalizada poderá manipulá-la através do computador, independentemente do número ou da combinação dos dígitos. Esta faculdade de manipulação parece afectar também a noção de obra protegida. Por outras palavras, as “possibilidades de decomposição das obras que a técnica digital permite poderão levar a que a noção de obra deva ser apreendida num novo ângulo” (715). Desde logo, em causa está saber, dentro das várias sequências de dígitos em que se decompõe, qual será a mais pequena das partes protegidas (716), sabendo que numa perspectiva técnica será certamente a partícula sequencial de dígitos que constitui a parte isolável mais pequena. Mas, como se sustenta, “as novas possibilidades técnicas de fragmentação e manipulação não devem conduzir a que sejam de proteger também as mais pequenas partículas da obra” (717).

Exemplo disto mesmo é o chamado *sampling* da música e da imagem, em que uma pequena sequência de dígitos pode constituir um bem económico extremamente valioso (718). Todavia, é problemático em face da lógica do direito de autor que se possa considerar um dígito ou uma pequena série de dígitos como objecto susceptível de protecção (719). Considera-se a este respeito que: “As partes de obras deverão beneficiar de protecção quando satisfizerem os requisitos de protecção. As novas possibilidades técnicas da

AB VNO AD OMNES

uma parte da caracterização de uma personagem como o nariz do “Pinóquio”. Segunda, o direito de autor abrange formas de utilização secundária capazes de exploração empresarial na produção de mercadorias ou na prestação de serviços, nelas projectando o valor mercantil próprio da figura. Porém, está fora do âmbito deste trabalho propôr, ou sequer sugerir, a figura dos direitos de *merchandising*, mas referi-los apenas como uma forma especial de exploração de direitos de propriedade intelectual, que, no domínio dos sinais distintivos tradicionalmente regulados pelo princípio da especialidade, surgem como a face activa de certos exemplos de actos de concorrência desleal (art. 260.º CPI); o problema não se põe no direito de autor em virtude de o direito de utilização não ser vinculado a um escopo de identificação ou afim, sendo antes aberto e compreendendo todas as formas possíveis de utilização da obra, enquanto bem em si mesmo, quer constem ou não do catálogo de exemplos, embora já se possa colocar no âmbito dos direitos conexos que são limitados a determinadas formas de utilização. Para terminar, o *merchandising* de personagens ou figuras, embora se tenha afirmado sobretudo a partir dos anos setenta, era já conhecido no século passado, sendo de referir a decisão do Supremo Tribunal inglês de 1986, no caso *In re Holt*, em que se declarava já que “relativamente à personagem ‘Trilby’ [...], a prova mostra que é comum aos comerciantes usarem figuras, reais ou fictícias, nos seus bens” (in Ruijsnaars, “Legal Aspects of Merchandising: The AIPPI Resolution”, EIPR

fragmentação e exploração digitais de partes de obras não podem ser tuteladas pelo direito de autor, mas antes pelo direito da concorrência desleal” (720).

Estreitamente ligada a esta questão está uma outra, de saber em que medida será possível, no novo contexto tecnológico, respeitar o direito moral do autor à paternidade e, particularmente, à integridade da obra, em razão da fragmentaridade das obras sob forma digital. Com efeito, uma característica típica da tecnologia digital é justamente o facto de as obras digitalizadas poderem ser facilmente modificadas, desintegradas, reformatadas ou combinadas. Se por diversas razões, pelo menos actualmente, ainda existem alguns limites de ordem técnica (por ex., um leitor normal de CD não permite, em regra, tirar os dados digitais gravados no CD), a prazo, será problemático assegurar o direito moral do autor no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede, com o desaparecimento das copias materiais (721).

Como resposta ao problema, tem sido sustentada a tese de que “a abdicação prévia, total e abstracta aos direitos morais não pode ser solução” (722). Há, todavia, quem entenda que o direito moral deveria ser reservado para as obras de arte pura: neste paradigma da criação informática a obra estaria em constante evolução, tendo por vocação, não exprimir a personalidade do autor, mas antes responder às necessidades do utilizador, pondo à sua disposição, de modo interactivo, um conjunto de elementos pré-existentes; nessa medida, o direito à paternidade e à integridade não teria mais razão de ser (723).

3. A digitalização e a interactividade produzem não apenas a equivalência dos tipos de obras tradicionalmente distintos, mas também a fragmentaridade da própria obra. Poderíamos falar, a este respeito, na expressão de Samuelson,

1996, p. 330, *apud* Strowel, *La protection des personnages*, p. 68, n. 78). Sobre esta matéria veja-se agora o nosso *Merchandising e propriedade intelectual: sobre a exploração mercantil de personagens protegidas pelos direitos de autor*, in *Revista da Propriedade Industrial*, n.º 20.

(720) Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 49.

(721) Vide Dietz, *Moral rights and technological challenge*, p. 551 s.; Alder, *Urheberpersönlichkeits- und Persönlichkeitesrechte*, p. 331 s.; Gendreau, Ent LR 1995, p. 214.

(722) Dietz, *Authenticity of Authorship and Work*, p. 176-7; em sentido próximo, Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 100 (“Unzulässig sollten dagegen pauschale Vereinbarungen sein.”).

(723) Cfr. Bertrand, *Razones y perspectivas*, p. 325-7.

(724) Cfr. Koch, GRUR 1997, p. 417, n. 7.

na “plasticidade” ⁽⁷²⁴⁾ da obra no contexto digital. Nos meios de comunicação tradicionais, o direito de autor assenta no princípio de que as obras podem ser fixadas e reproduzidas num suporte comunicativo e assim permanecem.

Ora, em razão da plasticidade da obra é, desde logo, o problema da sua unidade que está em causa. O problema é especialmente sensível no quadro dos ambientes artificiais de realidade virtual, em que a existência de uma forma estável e única da obra cede perante a possibilidade de modificação evolutiva (*morphing*), em que a “linearidade” da obra é posta em causa pela interactividade, sendo substituída pela criação de produtos artísticos híbridos ⁽⁷²⁵⁾.

Com efeito, tradicionalmente, a tangibilidade dos suportes tradicionais dos exemplares da obra colocava obstáculos à sua transformação. Porém, sob forma digital, as obras são plásticas por natureza, isto é, podem ser facilmente transformadas de uma forma para outra, ou alteradas, sem que, aliás, o sentido original da obra seja, necessariamente, alterado. Com os utensílios adequados é possível editar digitalmente, por ex., fotografias e/ou textos em termos que aparentemente não violam o direito de autor. Isto significa ainda que a digitalização e a interactividade alteram o equilíbrio de poderes entre os autores e os editores/produtores, por um lado, e os consumidores, por outro. Equipados com utensílios da tecnologia informática, os consumidores são agora utilizadores capazes de jogar um papel activo, interagindo com textos e outros materiais em ordem à maximização da sua utilidade ⁽⁷²⁶⁾.

Mas, esta plasticidade da obra sob forma digital não facilitará a prática em larga escala de infracções tradicionais ao direito de autor? E, ao mesmo tempo, o direito de autor não deverá adaptar-se em ordem a permitir tirar partido das vantagens potenciadas pela plasticidade da obra sob forma digital?

Ora, toda esta problemática chegou a pôr em causa a noção de obra como objecto do direito de autor. Não obstante, deverá considerar-se que “só por si, o facto de que a digitalização permite formatos unitários para obras

⁽⁷²⁵⁾ Cfr. Millé, “*Artes cibernéticas*” y propiedad intelectual, p. 722 s.

⁽⁷²⁶⁾ Cfr. Ballesteros, *El viejo mundo del derecho de autor*, p. 50. Um reparo a que o nosso sistema se poderá prestar é que a ausência de mecanismos como os princípios do *fair dealing* e do *fair use* poderá dificultar a adaptação do direito de autor a questões postas pela tecnologia digital da informática (v. Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 66, referindo ser essa a posição de Bertrand). Na verdade, as doutrinas do *fair use* e do *fair dealing* podem ser cada vez mais instrumentos úteis e flexíveis na ponderação dos interesses dos autores na integridade das suas obras e dos interesses dos titulares de cópias de obras protegidas pelo direito de autor, os quais podem querer tirar

diferentes, tal como a compressão de dados permite a combinação de diversas obras, tal não pode conduzir a pôr de parte a obra como fundamento de protecção do direito de autor” (727).

§ 35. AUTOR E CRIAÇÕES ARTIFICIAIS

1. Acresce que o novo paradigma tecnológico põe também problemas à noção tradicional de autor. Com efeito, a informática torna possível a criação de obras sem que nenhum autor humano possa ser designado. Um exemplo disto mesmo é a música criada por um sistema de gravação vídeo que produz uma composição musical em sintonia com o movimento registado. Outros exemplos, são os programas de computador criados com o único objectivo de permitir aos utilizadores gerarem música, imagens ou textos. Os produtos destes programas não são obras que o programador tenha directamente criado, mas antes obras cuja produção o programador tornou possível. Atente-se, por ex., no seguinte trecho da “autoria” de Calliope, poetisa electrónica criada pelos ciberneticistas franceses: “Meu horizonte compõe-se apenas duma portinhola vermelha de onde sobe em lufadas um calor asfixiante. Só se distingue com dificuldade a silhueta mística de uma mulher, orgulhosa e terrível: deve ser uma senhora de categoria, uma das estações. Parece que faz as suas despedidas. Não vejo mais nada e dirijo-me para as cortinas que os meus dedos afastam timidamente” (728).

Para além destas aplicações pseudo-literárias, um domínio de aplicação comercialmente significativo das tecnologias de gestação automática é o dos utensílios de processamento de linguagem que executam traduções automáticas

partido dos utensílios digitais para gozar a plasticidade das obras sob forma digital. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para outras situações emergentes nos ambientes digitais em rede, tais como a realização de cópias não comerciais de alguns textos distribuídos na rede. Por outro lado, uma vez que pode ser necessário fazer cópias de obras digitais de modo a poder utilizá-las, se o direito de autor considerar todas as utilizações de versões digitais de obras protegidas pelo direito de autor como infracções, então poderá ser demasiado rígido para ser cumprido (sobre esta diferença conceptual entre os sistemas de *copyright* e a concepção codificadora do *droit d'auteur* como um limite à harmonização do problema das excepções ao direito de autor, v. Dreier, *Digitaltechnik und Urheberrecht*, p. 171-2).

(727) Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 31.

(728) Cfr. Kondratov, *Introdução à cibernética*, p. 131.

(729) No seu Parecer sobre o Livro Verde 1995, o Comité Económico e Social

de textos. Uma outra tecnologia de geração automática de importância já reconhecida é a que permite a criação automática de bases de dados. É possível programar um sistema informático para detectar certos eventos em determinados períodos de tempo e gravar esta informação sob forma digital. As bases de dados deste tipo, que consistem, por ex., em dados geográficos e outros, são cada vez mais importantes, quer para fins comerciais, quer para fins científicos.

Os programas que podem gerar automaticamente outras obras colocam um problema delicado ao direito de autor, principalmente porque este instituto repousa no princípio dogmático segundo o qual as obras susceptíveis de protecção são criadas por pessoas humanas. Apesar de a automação do processo de produção destas obras significar que não lhes podem ser designados autores humanos, é difícil negar, sem mais, a concessão de direitos por causa do valor comercial que a obra gerada automaticamente pode ter ⁽⁷²⁹⁾.

Nos Estados Unidos, alguns autores sustentam que o *copyright* pode ser utilizado para proteger produtos gerados automaticamente por computador,

considerou que, apesar de este documento não abordar a questão da protecção de obras geradas por computador, a questão merecia ser reconsiderada em virtude de o avanço tecnológico ter proporcionado um aumento da quantidade e qualidade deste tipo de programas. (Síntese do Parecer)

⁽⁷³⁰⁾ Miller, Harvard LR 1993, p. 1042 s. (sustentando que “se chegar o dia em que o computador é realmente o único autor de uma obra artística, musical ou literária (seja um romance ou um programa de computador), os direitos de autor serão suficientemente abrangentes e maleáveis para assimilar esse desenvolvimento no mundo das obras protegidas.” — p. 1073).

⁽⁷³¹⁾ Clifford, Tulane LR 1997, p. 1675 s. (sustentando que as actuais leis federais “são baseadas no axioma de que as obras serão criadas através do exercício de criatividade humana, seja assistida pela máquina ou não.” — p. 1072).

⁽⁷³²⁾ Phillips/Durie/Karet, *Whale on Copyright*, p. 136.

⁽⁷³³⁾ Bainbridge, *Intellectual Property*, p. 203. Não obstante, esta norma tem sido criticada, sendo bastante problemática por várias razões. Com efeito, no dizer de Bainbridge, “ao passo que é importante que às obras produzidas usando um computador não deva ser recusada protecção de direitos de autor com base em que a contribuição humana directa exigida para fazer é pequena ou irrelevante, poderá ser difícil diferenciar as obras geradas por computador e as outras obras que foram criadas com a ajuda de um sistema informático. A Secção 178 da Lei define a ‘obra gerada por computador’ como sendo a obra que é ‘gerada pelo computador em circunstâncias tais que não há nenhum autor humano.’ Não é fácil determinar o significado desta definição, nem é fácil pensar em exemplos de tais obras. Todas as obras geradas por computador devem a sua criação a um ser humano, embora o elemento humano possa ser indirecto, tal como quando um programa de computador contém todas as instruções necessárias à criação

invocando, aliás, a função constitucional de promoção da ciência e das artes desempenhada por este instituto jurídico⁽⁷³⁰⁾. Outros, porém, sustentam que tal resultado seria contrário ao princípio fundamental de que as obras deverão ser criadas apenas pelo exercício de criatividade humana, quer seja assistida ou não⁽⁷³¹⁾. Na concepção do *droit d'auteur* dos sistemas de *Civil Law* o requisito da originalidade obsta a que as obras geradas por computador sejam protegidas pelo direito de autor.

Mesmo no Reino Unido, onde, em razão do princípio da protecção do investimento, o *copyright* abrange obras (*works*) cuja produção, embora seja desprovida de autoria criativa, exige “suor na testa” (*sweat of the brow*), como, por ex., certas compilações de dados, mesmo aí existe uma disposição *sui generis* para as obras geradas por computador, concedendo ao produtor dos arranjos o direito de as reproduzir e explorar comercialmente durante 50 anos, denotando a flexibilidade da noção de *copyright*. Com efeito, “as obras literárias, dramáticas, musicais ou artísticas criadas por computador também beneficiam de protecção pelo *copyright* se as circunstâncias da sua criação forem tais que nenhuma contribuição para a sua autoria possa ser identificada

da obra e o envolvimento humano directo consiste em nada mais do que ligar o computador e iniciar o programa. [...] A autoria humana indirecta tinha sido reconhecida pelos tribunais antes da Lei de 1988, mesmo no caso de um computador programado destinado a seleccionar cartas para um concurso. No caso *Express Newspapers plc v. Liverpool Daily Post & Echo plc*, [...] disse que não haver nenhum autor humano era tão irrealista como dizer que uma caneta era o autor de uma obra de literatura. / Há duas possibilidades: primeira que as disposições da Lei relativas às obras geradas por computador são qualquer coisa de aberrante, porque não pode haver tal coisa, ou, segunda, que a Lei derroga o caso *Express Newspapers* porque é inconsistente com a Lei. [...] se o conceito de obras geradas por computador no sentido que lhe é atribuído pela Lei for aceite, então, com respeito às obras assistidas por um computador, ainda assim não ajuda a traçar a linha entre as obras que são geradas por computador e aquelas que o não são.” (Bainbridge, *Intellectual Property*, p. 203-4; v., ainda, Bainbridge, *Software Copyright Law*, p. 72, p. 185 s.).

Também Cornish não deixa de apontar algumas observações críticas à norma, considerando que a concepção de obras geradas por computador “é difícil de aplicar” e perguntando: “Quando um subscritor de um serviço [de bases de dados] tal como ‘Lexis’ tem os resultados de uma pesquisa imprimidos, isto é gerado por computador, e sendo-o por quem? [...] Deslumbrado por ideias de que desenhos assistidos por computador e produção assistida por computador (CAD/CAM) estavam a iluminar o caminho no sentido das produções industriais e informacionais da ‘inteligência’ dos computadores, o Parlamento sentiu que esta medida de precaução era necessária. Quando pode ser dito que não houve qualquer autor, mas onde uma empresa de programas de computador recebe uma encomenda

(§ 9(3) CPDA). Tais obras não trazem direitos morais e gozam de protecção pelo *copyright* de apenas 50 anos seguidos ao fim do ano de calendário da sua criação (§ 12(7))” (732). Esta “curiosa disposição” reconhece as obras geradas por computador como uma espécie separada com regras diferentes de autoria e de duração do *copyright* (733).

Parece, no entanto, que o direito de propriedade intelectual *sui generis* instituído pela Directiva Bases de Dados poderá constituir um meio de protecção, na medida em que tais obras integrem o conteúdo protegido de bases de dados automatizadas. Ou seja, tais “obras” não serão protegidas enquanto tais pelo direito de autor mas antes enquanto partes substanciais do conteúdo de uma base de dados. Refira-se, ainda, que a Directiva Bases de Dados parece consagrar uma faculdade de utilização segundo um critério de razoabilidade desses conteúdos informativos, na medida em que, *a contrario*, permite ao utilizador legítimo de uma base de dados posta à disposição do público a prática de quaisquer actos que não colidam com a exploração normal dessa base nem lesem injustificadamente os legítimos interesses do fabricante da base (734), consagrando, neste domínio, a cláusula geral da Convenção de Berna, que a aproxima dos princípios de *fair use* ou *fair dealing* característicos da concepção de *copyright*.

2. Para além das obras geradas por computador, a própria criação humana é alterada no que respeita às suas condições, sendo de destacar que as obras serão cada vez menos criadas pelos autores em termos de plena autonomia. Como refere Dreier, “esta concepção romântica sobre a qual assenta o direito de autor, e que, em grande parte, não era senão uma ficção desde a origem, tem cada vez menos lugar no paradigma tecnológico em que os autores utilizam cada vez mais materiais preexistentes para as suas próprias obras. Não há mais o pintor no seu atelier, em face da sua tela, munido do seu pincel e das suas cores, que pinta os objectos da natureza; actualmente há o autor moderno que utiliza uma caixa de pintura (*paintbox*), sentado diante do seu computador, e que graças a uma rede que o liga a todo o mundo, pode ter acesso e utilizar uma quantidade de obras de outros autores colocadas sob forma digital na memória de bases de dados electrónicas. A concepção da imagem continuará a ser a sua concepção pessoal, mas o material necessário à sua realização será cada vez mais, senão mesmo exclusivamente, material

de um cliente para fornecer um programa, poderá ser razoável para o cliente assumir que ele tem o direito de autor no *output*. [...] As ‘obras geradas por computador’ têm feito parte

que outros terão criado antes dele. Pode mesmo dizer-se que o autor não utiliza suficientemente as vantagens práticas da tecnologia digital se procurar na natureza uma árvore que lhe convenha, ao invés de a procurar directamente numa base de dados electrónica” (735).

O acto de criação literária e artística (humana) é atingido de duas maneiras. Por um lado, a criação da obra é progressivamente realizada por uma pluralidade de pessoas, sendo de destacar as obras multimedia que “modificam radicalmente a imagem do autor ‘clássico’, ou seja, do ‘artesão’, criando a sua obra de forma mais ou menos solitária a partir de materiais totalmente originais. A criação multimédia raramente será produto de um só indivíduo. Antes pelo contrário, é o resultado de um trabalho de equipa, ou seja, da participação de um grande número de pessoas, cuja contribuição pessoal nem sempre é facilmente identificável, sendo o resultado da conjugação de diversas técnicas” (736). Por outro lado, o acto de criação é cada vez mais um acto assistido por computadores em que se utilizam materiais preexistentes em bases de dados electrónicas. E com isto é o paradigma emergente das “artes cibernéticas” que se afirma, com manifestações em vários domínios como a literatura e a música, as artes plásticas tridimensionais, a fotografia e o teatro, as obras audiovisuais. E, num contexto criativo em que o recurso a materiais preexistentes é a regra, a originalidade parece ser remetida para o “estilo pessoal”, em termos de se sustentar que “do mesmo modo que o esforço artístico humano se concentra na forma da área ideal da obra, deixando a concretização da sua forma perceptível a recursos informáticos, a protecção deveria alcançar com maior generosidade o plano das concepções, em que se situam as estratégias expressivas cuja reiteração por um mesmo autor identificam um estilo” (737).

Não obstante, o recurso a materiais preexistentes suscita problemas em face do direito de autor. Tradicionalmente distinguem-se diversos tipos de “formas de criação” (obra singular, obra de colaboração e obra colectiva). Mas, para a utilização de material preexistente o direito de autor só dispõe da regra da adaptação e da obra compósita. Sendo que, quanto mais o autor se servir de material preexistente, maior será o perigo de não ter as autorizações necessárias à exploração de alguns destes elementos. Assim, em princípio, é necessária a autorização do titular de direitos de uma parte da obra, ainda que reduzida, na obra compósita ou na obra adaptada.

da lei durante muitos anos, mas as incertezas sobre quando um autor humano pode ou não ser identificado continuam tão grandes como sempre. Nos círculos internacionais o

Todavia, põe-se o problema de saber em que termos deverão estes direitos ser opostos a terceiros no ambiente digital das redes informáticas interactivas. Como resposta possível aponta-se a introdução de uma medida análoga à adoptada a nível comunitário para a retransmissão por cabo. Na verdade, idêntico problema colocou-se no domínio da retransmissão integral e simultânea de programas de radio e de televisão por cabo. Sendo que a Directiva Satélite e Cabo sujeitou obrigatoriamente o exercício dos direitos de retransmissão de emissões às entidades de gestão (art. 9.º, 1), em termos de o titular de direitos sobre certos elementos não poder exercer individualmente os seus direitos para proibir a sua retransmissão desde que esses elementos sejam integrados no programa de origem, sendo-lhe apenas possível exigir uma remuneração à respectiva sociedade de gestão (738).

§ 36. DISTRIBUIÇÃO E MERCADO VIRTUAL

1. Acresce que o ambiente digital dos sistemas informáticos em rede põe em causa a distinção entre as duas formas tradicionais de exploração. Na verdade, “tradicionalmente, os direitos económicos são divididos em duas categorias, relativas à exploração por meios tangíveis ou intangíveis. A primeira categoria respeita à produção de cópia e à sua distribuição, enquanto a segunda categoria diz respeito à representação ou exibição pública, radiodifusão e actividades semelhantes. Nas redes electrónicas esta divisão é claramente afectada, no mínimo. No ciberespaço, qualquer comunicação envolverá ao mesmo tempo alguma forma de (pelo menos) armazenamento temporário, que muitos consideram ser uma forma de reprodução no quadro das leis actuais do direito de autor. Apontarão que uma interpretação extensiva de ‘reprodução’ é obrigatória, uma vez que o carácter ‘público’ de certas operações em rede pode ser difícil de estabelecer ou estar mesmo totalmente ausente, enquanto o acto de carregamento ascendente pode estar fora do alcance do titular de direitos porque os servidores podem estar localizados num qualquer país longínquo. Nestas circunstâncias, o direito de reprodução pode ser o último recurso para os titulares de direitos. Ao mesmo tempo, e mesmo sem interpretação extensiva, a aplicação do direito de reprodução, juntamente com

conceito foi cumprimentado com cepticismo — parcialmente porque a ideia é antipática à ‘autoria’ e parcialmente porque não há pressa de casos actuais em que o investimento seria de outro modo desprotegido. O conceito experimental não se provou até agora com êxito

outras prerrogativas do direito de autor, pode já conduzir a certas formas de ‘overkill’” (739).

A distinção tradicional do direito de autor entre exploração corpórea e incorpórea é, assim, posta em causa no ambiente digital, como resulta, aliás, das dificuldades postas pela qualificação dos actos necessários à visualização de uma obra no ecrã de um computador. Na verdade, a “digitalização conduz ainda a uma desmaterialização que vem baralhar os conceitos jurídicos em que se edificou o Direito de Autor. Graças à articulação com o vector telemático e ao aperfeiçoamento realizado pela técnica de ‘compressão do sinal’, permite a comercialização de obras sem suporte material nos locais de venda ou no domicílio. Se pensarmos ainda nas aplicações da digitalização no domínio da difusão hertziana de programas radiofónicos (DAB) e na televisão de alta definição (TVHD), de certo que modificará profundamente as condições de exploração das obras” (740).

Parece, assim, afirmar-se uma tendencial equiparação entre a exploração material e a exploração imaterial das obras nas redes digitais informáticas. Com efeito, sob forma digital, quer tenha sido originariamente criada sob forma digital ou posteriormente digitalizada, torna-se praticamente irrelevante, pelo menos de um ponto de vista económico, que a distribuição da obra se processe mediante um suporte material (por ex., um CD-ROM) ou através de uma rede de computadores, ou, ainda, através de sinais hertzianos por satélite (741).

E, todavia, cumpre perguntar: o princípio do esgotamento do direito de distribuição aplicar-se-á apenas aos exemplares materiais das obras ou, também, às formas de distribuição electrónica? Pense-se no caso das bibliotecas virtuais (742). Suponha-se, ainda, que uma biblioteca, que até agora emprestava os exemplares materiais das obras protegidas, passa a difundir estas obras em linha. Parece tornar-se, por isso, exploradora de uma base de dados que entrega aos seus clientes obras diferentes, e, ao mesmo tempo, o explorador de uma base de dados parece ser proprietário de uma biblioteca. Depois, torna-se difícil distinguir uma empresa de comunicação audiovisual, em especial uma entidade de radiodifusão, do prestador de serviços de bases de dados em linha (e, até, de uma biblioteca com serviços de entrega electrónica), quando a primeira deixar de emitir as obras segundo um programa fixado previamente, permitindo ao destinatário compor o seu programa graças a um

e alguns consideram que deveria ser abandonado. Mas a próxima geração de avanços das técnicas informáticas — no sentido de fascinações como as redes neurais — poderá dar-lhe

dispositivo de interactividade.

Com efeito, o paradigma da tecnologia digital põe em causa as fronteiras entre as formas tradicionais de “distribuição”, em termos de equiparação dos vários *media*. Como escreve Dreier, “a própria actividade de radiodifusão será sujeita a mudanças fundamentais. A palavra chave é *interactividade*: uma organização que deixa de tornar acessível ao público material protegido por ordem sequencial — isto é, como um ‘programa’, que força o receptor dos sinais transportadores do programa a ver ou ouvir uma parte especial do programa num tempo determinado — mas que permite ao utilizador encomendar interactivamente qualquer parte do programa a qualquer momento, é esta organização ainda ‘radiodifusão’ em sentido tradicional? Não está antes a operar uma base de dados? De modo inverso, um editor ou uma biblioteca que coloque os seus conteúdos à disposição do público em linha para os seus utilizadores, tratar-se-á ainda de um editor ou de uma biblioteca, ou não se terão tornado antes radiodifusores ou operadores de bases de dados?” (743)

Ora, esta “confusão” de formas tradicionais de distribuição num *medium* convergente e interactivo, gera vários problemas, quer no que respeita ao âmbito das autorizações, quer no que respeita ao estatuto das organizações de emissão. Com efeito, a equiparação dos vários *media* tornada possível pela tecnologia digital “dará origem a diversas questões jurídicas, tais como saber se a licença inicial de radiodifusão permite a radiodifusão de material protegido não apenas em formato analógico mas também digital; saber se a licença cobre a radiodifusão não apenas na forma de um programa mas também com a possibilidade de acesso interactivo pelos receptores; e, mais certamente, que estatuto jurídico terão as organizações de emissão, uma vez que já não podem ser consideradas organizações de radiodifusão. Aqui, as alternativas possíveis incluem a autoria de uma obra colectiva, de uma base de dados ou de uma obra audiovisual. O problema reside na circunstância de que as regras jurídicas aplicáveis a cada uma destas alternativas variam umas das outras. Depois, resulta do exposto, que a vários níveis tais actividades interactivas de distribuição imaterial de obras substituirão as actividades das tradicionais bibliotecas e das lojas de aluguer que até agora forneciam aos utilizadores cópias materiais das obras respectivas em questão. No essencial, o que deparamos aqui é a convergência de actividades tradicionalmente separadas e bem definidas numa actividade de colocar obras

uma utilidade que é actualmente difícil de adivinhar. É provavelmente melhor de momento esperar e ver.” (Cornish, *Intellectual Property*, p. 341, 456-7).

protegidas — e material não protegido — à disposição dos membros do público” (744).

2. Torna-se, pois, difícil, em virtude desta convergência de diferentes actividades definir para cada uma um tratamento jurídico distinto, no essencial, das demais. Com efeito, a “digitalização confunde a distinção tradicional entre serviços e produtos, fazendo convergir as indústrias de média, em que se contam a imprensa escrita e a indústria discográfica, que na fase pré-digital criaram produtos físicos, vendidos ao público através de redes clássicas de distribuição por grosso e a retalho, a as indústrias de difusão e as telecomunicações que produzem serviços, em sistema de monopólio ou oligopólio, controlando escassos canais de distribuição. Não quer dizer que o mercado dos suportes materiais desapareça por completo, mas o suporte deixa de ser o único meio de consumir livremente certo tipo de obras” (745). Sendo que, não obstante a harmonização comunitária do direito de autor, que parece distinguir diversos modos de exploração, uma vez que, por um lado, com a Directiva Aluguer e Comodato criou um instrumento destinado à exploração de obras protegidas sob forma material, ao passo que a Directiva Satélite e Cabo instituiu um mecanismo para exploração de programas de radiodifusão; por seu turno, a Directiva Bases de Dados abriu uma terceira via para a exploração de obras protegidas através da transmissão electrónica em linha, sob forma incorpórea. Não obstante esta regulamentação trifásica de exploração, sustenta-se mesmo que, de um modo geral, “a distinção não tem praticamente mais sentido” (746).

A prazo, a lógica que parece impor-se é a seguinte: “Há poucas décadas costumávamos estudar livros numa biblioteca e fazer excertos. Agora, pelo contrário, fazemos fotocópias que levamos para casa para as ler quando possível (o que, refira-se, raramente acontece na prática, pelo que elas vão-se amontoando). Nós só queremos poder consultá-las sempre que precisarmos delas, pelo que podemos fazer cópias adicionais para ser armazenadas em ficheiros especiais ou noutra local. Os autores deveriam ser justamente remunerados por cada utilização das suas obras, mas é dificilmente sustentável e certamente irrealista cobrar *royalties* por tais fotocópias do mesmo modo que para os livros. As bases de dados em rede, por sua vez, podem ser utilizadas

(734) Art. 8.º, 2, Directiva Bases de Dados.

(735) Dreier, *L'analogie, le digital e le droit d'auteur*, p. 121-2.

(736) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 198.

como bibliotecas, nas quais os documentos podem ser encontrados sempre que se quiser e precisar deles. Porquê carregar descendentemente um documento se a subscrição permite consultar a obra sempre que se quiser, sem uma remuneração adicional por página, sempre que se quiser vê-la? Tal abordagem pode conduzir a novos e eficientes modos de lidar com informação protegida” (747).

Assim, ao invés da distribuição de cópias físicas o novo paradigma do ambiente digital em rede parece apontar no sentido de um sistema de assinaturas de acesso a bases de dados, ficando o utilizador dependente do prestador de serviços em linha, ao invés de poder utilizar a obra sem mediação de terceiros. Isto levanta certos problemas de qualificação, que se prendem com o alcance do direito de reprodução. Parece ser, na verdade, o direito de reprodução que justifica o controlo destas utilizações (748). Mas, ainda nas palavras de Spoor, se “qualquer consulta de um documento for considerada uma reprodução que deva ser taxada por um preço fixo, os utilizadores serão forçados a carregar descendentemente todos os documentos que consultem, com o ónus de terem que armazená-los de tal modo que não possam ser facilmente recuperados, e independentemente de quererem consultá-los outra vez ou não, simplesmente em ordem a evitar ter que pagar sempre que novas consultas se revelem necessárias. Serão também mais tentados em ‘partilhar’ essas cópias carregadas descendentemente, por ex., através de correio electrónico para os amigos e colegas. Por fim, um modo limitado de conceder licenças baseado na aplicação estática de conceitos tradicionais corre o risco de conduzir a mais cópias e por essa via a menos controlo” (749).

3. A isto acresce que, segundo um princípio tradicional, escapa ao direito de autor a comunicação privada e o gozo de uma obra no seio do círculo familiar. Este princípio está vertido, entre nós, no preceito segundo o qual a representação de obra divulgada por qualquer forma não depende de autorização do autor se for realizada sem fim lucrativo e em privado, num meio familiar, “princípio que se aplica, aliás, a toda a comunicação” (750). Porém, com a digitalização e a interactividade, a obra é criada na esfera privada do autor e apreciada na esfera privada do utilizador, sendo a esfera pública

(737) Millé, “*Artes cibernéticas*” y propiedad intelectual, p. 721-2.

(738) Cfr. Dreier, *L’analogie, le digital e le droit d’auteur*, p. 122.

(739) Spoor, *Economic rights involved*, p. 48.

(740) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 178.

(741) Cfr. Dreier, *Digitaltechnik und Urheberrecht*, p. 168.

intermediária substituída pela rede que liga a esfera privada do autor à esfera privada do utilizador.

Na verdade, com a digitalização, para que a obra seja tornada pública, torna-se, em última análise, secundário que os diferentes utilizadores da obra se encontrem num mesmo local ou que a utilizem ao mesmo tempo, sendo antes “determinante a circunstância de o criador fazer passar a obra da sua esfera privada à qual os terceiros podem aceder enquanto utilizadores exteriores através dos seus terminais de computadores e a rede. Se se compreender isto, torna-se claro que é escolher uma má perspectiva referir-se apenas aos utilizadores — quer sejam utilizadores de computadores ou telespectadores de um quarto de hotel” (751).

Com efeito, ao esquema comunicativo tradicional da emissão de radiodifusão (comunicação pré-programada ponto a multi-ponto), opõe-se agora uma forma de comunicação que se traduz em tornar acessível ao público, para utilização a partir do local e no momento individualmente escolhidos. Pense-se numa base de dados multimedia que reúne obras de diferentes tipos, tornada acessível ao público através de sistemas informáticos em rede para utilização individual (752). Tratar-se-á de uma “multimediateca virtual” na Internet (reunindo, por ex., uma biblioteca, uma videoteca e uma discoteca), à qual o público poderá aceder individualmente através do seu terminal informático, utilizando as obras no seu “círculo de família”. Para ordenar este acto de exploração falou-se de um “direito de exploração digital” (753), que consistiria em “todo o acto, material ou imaterial, de colocação à disposição de um público, agrupado ou disseminado em rede, de uma obra” (754).

Mas, o problema da utilização ser feita em privado levou mesmo a que, na Alemanha, tivesse sido proposta a alteração da noção de público. Com efeito, nos termos do § 15(3) UrhG, a comunicação (*Wiedergabe*) da obra seria pública se fosse destinada a um número de pessoas, a menos que essas pessoas formassem um grupo definido e estivessem interrelacionadas pessoalmente por relações mútuas ou por uma relação com o organizador. Isto significava, nas palavras de Ulmer, que “a comunicação é privada apenas quando os

(742) V. Melichar, CR 1995, p. 756 s.

(743) Dreier, *Broadcasting organizations*, p. 595.

(744) Dreier, *Broadcasting organizations*, p. 595-6.

(745) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 178.

(746) Dreier, *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, 124-5.

(747) Spoor, *Economic rights involved*, p. 53.

(748) V. Spoor, *(Over)Stretching the Reproduction Right?*, p. 67 s.

participantes individuais forem determinados e estejam ligados pessoalmente entre si. Exemplos maiores são as comunidades entre professores e alunos, entre amigos e parentes familiares” (755). Ora, porque na transmissão em linha interactiva existiria uma relação com o organizador da comunicação tornou-se necessário esclarecer que essa relação não deveria ser de natureza pessoal para que pudesse haver comunicação ao público. Nessa medida, propôs-se uma noção de comunicação ao público nos termos da qual “a comunicação é pública se for destinada a uma ou mais pessoas que pertencem ao público. Não há público quando entre a ou as pessoas e o organizador existem relações pessoais” (756).

À primeira vista, parece que basta não haver uma relação pessoal entre o organizador da comunicação e o destinatário para que se possa falar em comunicação ao público. Não obstante, define-se apenas o sentido negativo do termo público em ordem a excluir os casos em que entre o organizador da comunicação e as pessoas destinatárias não existem relações especiais. Já no que respeita à definição dos casos em que se está em face de um público, entende-se que “deve ficar para a clarificação da jurisprudência” (757).

Assim, a utilização de obras contidas numa “multimediateca virtual”, apesar de ser feita em privado, num meio familiar, já não será abrangida pela liberdade de uso privado, se não existir uma relação pessoal entre o organizador da multimediateca em linha e o utilizador. Nessa medida, não será lícito o contornamento de dispositivos criptográficos de cifragem utilizados para controlar o acesso ao material protegido, justificando-se a proibição de actividades de produção, distribuição e promoção de dispositivos de contornamento de sistemas técnicos de protecção, ou a prestação deste tipo de serviços para aqueles fins.

4. Tudo junto, poder-se-ia falar actualmente num “direito de acesso” no ambiente digital em rede (758). E, com efeito, os chamados serviços de acesso condicional parecem comprovar esta figura. O titular dos direitos pode controlar o acesso à obra mediante técnicas de criptagem. E, se não for paga a devida remuneração, o serviço pura e simplesmente é cortado. Como refere Paul Goldstein, “assim como a empresa de telefones pode hoje cortar a linha

(749) Spoor, *Economic rights involved*, p. 53.

(750) Art. 108.º, 2, CDADC.

(751) Dreier, *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, p. 123-4.

(752) Vide Ernst, NJW- CoR 1997, p. 225, n. 5.

(753) Lucas/Lucas, *Traité*, p. 215-6.

de um cliente que não paga a sua factura, também os proprietários da caixa mágica celestial (*juke-box celestial*) poderão barrar o acesso a quem não pagar o preço de entrada” (759).

Mas, este controlo tecnológico da utilização das obras suscita alguns problemas. Nas palavras de Lucas, é necessário “interrogar a oportunidade desta ‘polícia técnica’. Duas objecções vêm ao espírito. De um lado, a eficácia destas técnicas não está ao abrigo dos ataques de maníacos do *déplombage*. Algumas não oferecem senão uma segurança ilusória. O relatório americano põe em destaque por exemplo justamente que o controlo de acesso pela palavra de passagem não é certo, desde logo porque não se pode saber quem conhece a dita palavra de passagem. Além disso, é de esperar que os utilizadores não vejam com bons olhos estas marcas de desconfiança” (760).

Acresce que, ao mesmo tempo, as licenças contratuais de utilização assumem uma importância acrescida. É o problema da determinação, em cada fase de exploração, que direitos deverão ser transmitidos, em que condições e a que preço, numa cadeia contratual que ligará o autor, o produtor das obras, o distribuidor das bases de dados, e, ainda, o utilizador final. Sendo que a contratualização da utilização final da obra é de molde a gerar “a dependência do utilizador em relação ao titular de direitos” (761).

5. Assiste-se, por outro lado, a novas de formas de exploração, que põem o problema de saber que direitos deverão ser exercidos individualmente, ou antes pela via colectiva (762). Em certos domínios, o novo contexto tecnológico parece apontar no sentido da necessidade da exploração colectiva dos direitos. Disso mesmo são exemplo as chamadas produções multimedia, tendo os produtores manifestado interesse em que o acesso ao material preexistente lhes seja facilitado de acordo com as necessidades típicas deste sector. E, com efeito, a exploração colectiva dos direitos pelas sociedades de gestão constitui um modelo possível. Considera-se, a propósito, que “uma das possibilidades de desenvolvimento da gestão colectiva corresponde ao aparecimento no

(754) Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, p. 199.

(755) Ulmer, *Urheberrecht- und Verlagsrecht*, p. 245-6.

(756) Schricke, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 137 (“Die Wiedergabe ist öffentlich, wenn sie für eine oder für mehrere Personen erfolgt, die der Öffentlichkeit angehören. Eine Öffentlichkeit ist nicht gegeben, wenn zwischen der oder den Personen und dem Veranstalter persönliche Beziehungen bestehen”).

(757) Schricke, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 137.

(758) Sobre o “access right”, entre nós, Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no*

mercado de obras e das produções denominadas ‘multimedia’” (763).

Nesse sentido, sustenta-se que o “multimedia e a entrega digital de obras requerem uma administração colectiva de direitos generalizada e co-ordenada. De outro modo, o utilizador terá que suportar custos imensos para encontrar os licenciantes. Os titulares de direitos, especialmente escritores e artistas, encontram-se frequentemente numa posição débil em que não podem explorar os seus direitos sem ajuda de uma sociedade colectiva. A administração colectiva aumenta os pagamentos aos titulares de direitos pelo menos naqueles casos em que não têm poder negocial” (764). Todavia, apesar de ter a vantagem de poder apoiar-se em estruturas existentes, este modelo tradicional apresenta certas desvantagens, uma vez que as sociedades de gestão não podem atribuir direitos senão de maneira não exclusiva e devem em geral contratar com todos os utilizadores interessados aplicando tarifas em larga medida pré-definidas.

Um outro método concebível que, apesar de não dar aos utilizadores o mesmo nível de acesso às obras criadas em co-autoria, mas que não apresenta aqueles inconvenientes, é a figura do *permission clearing center*: trata-se de uma entidade centralizada ao serviço das pessoas interessadas em determinadas categorias de obras e que, a pedido, transmite as condições de licença bem como os nomes e os endereços dos titulares dos direitos, que tem armazenados na memória da sua base de dados; neste modelo, os titulares dos direitos conservam a possibilidade de concluir individualmente contratos de licença (765).

Uma outra via, que seria a introdução de uma licença legal ou uma figura análoga, apesar de ter sido desejada, parece ter sido posta de parte, pois que “as vantagens do sistema são largamente superadas pelas distorções a que conduziria e os problemas que se pretenderiam resolver com a introdução generalizada das licenças obrigatórias podem ser resolvidos com muito menos inconvenientes por outros processos. Assim se compreende que a doutrina seja praticamente unânime em rejeitar esta solução. / A introdução de um sistema generalizado de licenças obrigatórias conduziria à transformação dos direitos de exclusivo, em que está moldado o Direito de Autor, em simples direitos a uma remuneração, introduzindo assim uma alteração radical e injustificada na filosofia em que este assenta” (766). Na proposta de alteração legislativa da Alemanha, considerou-se mesmo “não ser de recomendar a introdução de licenças legais,

Ciberespaço, p. 82; Rui Saavedra, *Software e a Internet*, p. 391-2.

(759) Paul Goldstein, *Copyright's Highway*, p. 279.

(760) Lucas, *Le droit d'auteur et les protections techniques*, p. 345-6.

(761) Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 350.

licenças obrigatórias ou uma obrigatoriedade geral de gestão por organismos a favor da exploração digital e multimedia das existentes obras e prestações” (767).

§ 37. TECNOLOGIA E DIREITO TECNOLÓGICO

1. Um dos maiores desafios que a tecnologia digital coloca ao direito de autor tem a ver com a facilidade e o baixo custo com que podem ser feitas múltiplas cópias e distribuídas sob forma digital, em especial no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede (WWW), com a agravante de as cópias serem réplicas perfeitas do original. Na verdade, “graças à tecnologia digital é possível transmitir obras literárias e artísticas e fonogramas em formato digital mediante a difusão digital por radio e televisão ou distribuí-las mediante entrega digital em redes interactivas a pedido, tais como as redes digitais de serviços integrados (RDIS). Assim é, pois esta difusão e entrega podem servir também como base para obter cópias perfeitas ou fazer colecções de adaptações de obras literárias e artísticas e fonogramas. Se não se combinam estas utilizações i) com os sistemas de protecção contra a cópia e/ou de gestão de cópias, e ii) com a possibilidade de identificar as obras literárias e artísticas e os fonogramas utilizados e a maneira em que se utilizam, os titulares de direitos podem perder a oportunidade de exercer os seus direitos e de receber uma remuneração apropriada” (768).

Ao contrário dos produtos tradicionais, a qualidade das cópias digitais não se degrada, significando isto que qualquer cópia de uma obra sob forma digital pode servir como o modelo para a produção e distribuição em linha de cópias de idêntica qualidade. Ora, a menos que os fabricantes de tecnologias de reprografia digital sejam obrigados a adaptar os seus sistemas de modo a produzirem cópias menos do que perfeitas, como aconteceu com os dispositivos de gravação audio digital, existe o perigo real de que os titulares de direitos não possam acautelar os seus direitos relativamente às obras sob forma digital. Com efeito, a dificuldade de controlar a reprodução e a distribuição de obras no ambiente de rede digital constitui um obstáculo real à distribuição comercial de obras na rede.

Para resolver este problemas foram ou estão a ser desenvolvidos meios tecnológicos de protecção das obras sob forma digital protegidas pelo direito

(762) Vide Melichar, *Collective Administration*, p. 147 s.; Wittweiler, *Die Kollektive Verwertung*, p. 281 s.; Ginsburg/Sirinelli, JCP 1996, p. 65 s.

de autor. Fala-se já, com propriedade, de um “Technikrecht”⁽⁷⁶⁹⁾, de um “direito tecnológico”⁽⁷⁷⁰⁾. É a tecnologia criptográfica (cifragem, assinaturas digitais) e estenográfica (por ex., *watermarking*, *digital fingerprinting*). Por exemplo, os sistemas de cifragem permitem proteger o conteúdo das obras digitais, sendo a decifragem apenas disponível mediante o pagamento de uma remuneração. Um outro exemplo são as assinaturas digitais incorporadas em imagens ou filmes digitais, de maneira a que, independentemente da manipulação digital que possa ser feita de partes destas obras, será possível detectar que a obra posterior deriva da obra marcada. É ainda concebível que estes dispositivos tecnológicos permitam informar os titulares de direitos de que o utilizador está a abusar dos direitos de acesso a estas obras.

Por outro lado, assiste-se à disseminação da utilização dos cabeçalhos contratuais (*header contracts*) no ambiente de rede digital. A generalidade dos prestadores de serviços de informação comercial electrónica serve-se dos expedientes contratuais para controlar o acesso à informação digital oferecida, de forma a resguardarem-se contra a pirataria dos seus conteúdos informativos no mercado virtual do ciberespaço. No ambiente digital dos sistemas informáticos em rede, um utilizador pode enviar um pedido de acesso a um certo tipo de informação contida numa base de dados. Porém, são hoje de utilização generalizada os agentes inteligentes que operam, quer para os prestadores de serviços, quer para os utilizadores, procurando vários repositórios na rede para apurar se a informação correspondente às necessidades daquelas pessoas está disponível e, estando, em que condições. Se o utilizador responder a um determinado cabeçalho de maneira a encomendar informação, então vincular-se-á aos termos da utilização permitida designada no cabeçalho⁽⁷⁷¹⁾.

2. Um problema que se põe aqui é saber se a utilização de dispositivos tecnológicos para proteger as obras digitais nos ambientes em rede e de cabeçalhos contratuais não poderá relegar para segundo plano o direito de autor. Na verdade, sendo as obras protegidas contra utilizações não autorizadas através de dispositivos tecnológicos e mecanismos contratuais, pode perguntar-se

⁽⁷⁶³⁾ Ziegler, *Nuevos horizontes*, p. 835.

⁽⁷⁶⁴⁾ Hoeren, *Legal Aspects of Multimedia*, p. 53; v., ainda, analisando o problema em face da realidade alemã, no sentido de uma “abrangente gestão colectiva dos direitos de exploração dos legítimos interesses do autor”, Hoeren, *Multimedia — Eine Herausforderung*, p. 45.

⁽⁷⁶⁵⁾ Cfr. Ziegler, *Nuevos horizontes*, p. 836.

se ao direito de autor não estará reservado o papel de justificativo da utilização de meios tecnológicos e contratuais de protecção de obras sob forma digital. Para além da protecção de textos e outras obras nos ambientes em rede pelo direito de autor, os cabeçalhos contratuais e os dispositivos tecnológicos de protecção das obras digitais nos ambientes em rede põem em causa as formas de utilização livre actualmente permitidas por lei.

Com efeito, o “cabeçalho” terá informado o utilizador sobre as utilizações autorizadas da obra, e, nos termos do contrato, o utilizador não poderá fazer dela outras utilizações. Refira-se a este propósito que num caso recentemente ocorrido nos EUA foi posto em causa o direito de o utilizador praticar o carregamento ascendente de informação armazenada num CD-ROM de listas de telefone para o seu local na rede (*Pro-CD, Inc. v. Zeidenberg*, 7th Cir. 1996). O demandante argumentou que a “licença de plástico” (*shrink-wrap*) que acompanhava este produto continha uma restrição válida e eficaz à utilização não comercial privada. O demandado contestou que esta licença não era válida segundo a lei estadual e, mesmo que o fosse, os princípios dos direitos de autor deveriam afastar a sua aplicação uma vez que, segundo precedentes relativos aos direitos de autor, os dados contidos no CD-ROM encontravam-se no domínio público e deveriam ser livremente utilizáveis por qualquer pessoa, uma vez revelados num produto comercializado em massa no mercado. A decisão do tribunal considerou inválida a licença *shrinkwrap* não apenas segundo o direito dos contratos em geral (porque *Zeidenberg* não tinha concordado com a restrição no momento da aquisição) mas também segundo os direitos de autor em especial. Na perspectiva do tribunal, os princípios de direitos de autor deveriam derogar estipulações de cláusulas contratuais quando o contrato fosse elaborado para subtrair direitos dos utilizadores garantidos pelo direito de autor. Todavia, o tribunal de recurso decidiu que a licença *shrinkwrap* poderia ser aplicada nos termos da lei estadual porque a utilização que o demandado fizera do produto constituía um consentimento à restrição contratual. Depois, rejeitando a ideia segundo a qual os princípios do direito de autor poderiam derogar direitos contratuais, o tribunal de recurso distinguiu a natureza dos direitos contratuais da natureza dos direitos de propriedade, vinculando os primeiros apenas as partes do contratos (*inter*

(⁷⁶⁶) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 206-7 (sobre a gestão colectiva e o balcão ou “guichet único”, p. 208-211).

(⁷⁶⁷) Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 217.

(⁷⁶⁸) Gervais, *Identificación en sistemas digitales*, p. 741.

partes) e os segundo sendo válidos contra todos (*erga omnes*)⁽⁷⁷²⁾.

A argumentação do tribunal de recurso tem sido objecto de diversas críticas, prevendo-se uma utilização alargada de expedientes contratuais no domínio dos direitos de autor no ambiente digital. Com efeito, tendencialmente, os editores propenderão a favorecer a utilização de licenças não apenas para contornar regras de direito de autor que de outro modo se aplicariam, mas também para instituir uma espécie de direitos de autor privados por via contratual. Já antes se manifestara, aliás, um certo cepticismo em relação à *loi des parties* resultante da utilização ubiqüitária de termos de licenças que, se cumpridas, interfeririam com objectivos do direito de autor⁽⁷⁷³⁾. Agora, em face da decisão *Pro-CD Zeidenberg*, parece que se o demandado tiver que respeitar a restrição de utilização contida na licença do CD-ROM que adquiriu, então os editores tentarão aplicar restrições de licenças em meios mais tradicionais, incluindo preceitos que proibam a reprodução de qualquer parte de um livro sem prévia autorização escrita, a redistribuição de cópias, ou a leitura de um livro por mais do que uma vez. Tais restrições seriam contrárias aos princípios do *fair use*, da *first sale*, e a outros limites imperativos direito de autor [v. 17 USC § 107 (*fair use*), § 109 (*first sale*)]. Sendo que, se a mera utilização do produto de informação significasse a concordância com os termos da licença, então o resultado seria muito semelhante ao efeito de um direito *im rem*, isto é, a um direito exclusivo como aquele que o direito de autor historicamente confere aos seus titulares. Ora, como o monopólio dos direitos de autor seria contingente, instrumental e limitado ao necessário à prestação de incentivos, nessa medida definiria os direitos de autor dos respectivos titulares e desenharia os contornos entre informação privada e informação publicamente acessível. Nesse sentido, na decisão *Pro-CD Zeidenberg* o tribunal (7th Circuit), “ao permitir aos indivíduos contratarem para além do *copyright*, o *Seventh Circuit* falhou em reconhecer que é do domínio do Congresso, e não dos indivíduos, estabelecer o balanço apropriado”⁽⁷⁷⁴⁾.

3. Quanto aos dispositivos tecnológicos, é de referir que a cifragem de

⁽⁷⁶⁹⁾ Burkert, *Informationszugesrechte*, p. 101.

⁽⁷⁷⁰⁾ Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 76.

⁽⁷⁷¹⁾ Vide Bechtold, GRUR 1998, p. 19-20. Refira-se que as empresas de desenvolvimento de programas de computador promovem esta via de celebração dos contratos com os clientes, uma vez que lhes permite superar os problemas ligados ao cumprimento efectivo dos limites de utilização que constam dos termos da licenças de

uma obra também torna possível impedir a utilização da obra sem prévia remuneração para fins, por ex., de informação, investigação, ensino ou arquivo. O mesmo vale para as obras que estão no domínio público, havendo o risco de os dispositivos tecnológicos vedarem o acesso a este material não protegido e que deveria poder ser utilizado livremente. Como nos diz Lehmann: “Quando as obras que estão já no domínio público chegam ao mercado elas não necessitam de nenhuma protecção técnica contra as cópias. Não há então perigo de contornamento e portanto risco de sanção, e por consequência risco de restringir o acesso às obras. O acesso às obras não é restringido pela necessária protecção da integridade da obra e da paternidade, isto é, por um sistema técnico para a protecção contra as modificações. Quando, pelo contrário, as obras protegidas que chegam ao mercado com um sistema de protecção contra as cópias, caindo depois no domínio público pelo decurso do prazo de protecção, pode haver aí então um risco de restrição de acesso às obras” (775).

Assim, esses meios técnicos de protecção, como aplicações da tecnologia criptográfica e da estenografia, podem não ser utilizados apenas para reforçar o controlo da utilização de material protegido pelo direito de autor. Numa primeira abordagem poder-se-ia dizer que é na técnica que se poderão encontrar respostas para os problemas da técnica, valendo a máxima de que “a resposta para os problemas da máquina está na própria máquina” (776). E isto valeria quer para o controlo de cada utilização da obra, quer para a respectiva remuneração.

Com efeito, a tecnologia digital poderá garantir em vários domínios o controlo das utilizações admitidas por lei ou acordados por contrato. Assim,

plástico (*licenças shrink-wrap*) que acompanham os programas de computador empacotados e vendidos em massa no mercado.

(772) Vide Leaffer, *Protection of and vis-à-vis databases*, p. 509-510; Brandon, Harvard JL&T 1997, p. 353 s.; Kochinke/Günther, CR 1997, p. 129 s.

(773) Vide Merges, Michigan LR 1995, p. 1570 s.; Lemley, California LR 1995, p. 1239.

(774) Grusd, Harvard JL&T 1997, p. 366-7; para uma análise crítica à decisão *Pro-CD Zeidenberg*, v., ainda, O'Rourke, Elkin-Koren, Merges, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 53, p. 93, p. 115.

(775) Lehmann, *Le droit d'auteur et protections techniques* (Allemagne), p. 369.

(776) Dreier, *Digitaltechnik und Urheberrecht*, p. 177 (“Die Antwort auf die Probleme der Maschine liegt in der Maschine selbst. Der Einsatz der Technik wird mittelfristig zum einen dazu führen, daß sich einzelne Nutzungsvorgänge trotz massenhafter Nutzung zunehmend wieder individuell erfassen lassen. Er wird längerfristig zum anderen dazu

os autores de imagens que desejem transmitir aos seus clientes uma multiplicidade de imagens digitalizadas poderão precaver-se contra a sua utilização ilícita por parte destes se enviarem um conjunto de dados que permite a escolha e a exposição (*layout*) das imagens, mas já não a qualidade da impressão. De igual modo, os dados que compõem uma imagem podem ser codificados de várias maneiras através de espécies de filtros, em termos tais que os dados que compõem a imagem só serão decodificados para permitir a utilização após o pagamento de uma remuneração proporcional à utilização. Neste domínio a técnica permite controlar melhor do que antes o grau de utilização das obras protegidas⁽⁷⁷⁷⁾. Torna-se possível calcular as diferentes utilizações feitas, estando já em curso as soluções técnicas e sendo vários os modelos. O mais tradicional é o sistema de gestão de cópia em série (SCMS)⁽⁷⁷⁸⁾ imposto por lei, nomeadamente nos Estados Unidos, e que se destina a proteger contra a reprodução.

4. Mas, para além das portagens electrónicas e das barragens de acesso e de utilização em linha nas autoestradas da informação de material protegido pelo direito de autor, a tecnologia torna possível também as sinalizações de marcação. Isto é importante uma vez que “a tecnologia digital permite armazenar em suporte digital uma combinação de categorias de obras, fonogramas e simples dados, e, por conseguinte, criar obras multimedia. Todo o material impresso, as obras musicais e audiovisuais e as fotografias podem ser digitalizadas e combinadas em obras multimedia. Um sistema que permita identificar facilmente as obras literárias e artísticas e os fonogramas e os titulares de direitos facilita também a criação e a divulgação de tais produções multimedia, assim como a protecção dos direitos sobre as obras literárias e artísticas e os fonogramas em questão. Se os titulares de direitos de uma categoria determinada de obras protegidas quisessem estabelecer, por exemplo, um centro de troca de informação ou outros serviços de licença, teriam que dispor de um sistema de identificação mundial e uniforme (ou de varios sistemas aplicáveis a categorias particulares de obras literárias e artísticas e fonogramas) para a administração adequada de tal sistema. A informação relativa às obras literárias e artísticas só pode ser processada eficientemente por computadores utilizados, por exemplo, em sistemas de entrega digital ou

führen, daß die technischen Sperren über Art und Umfang des möglichen Zugriffs entscheiden und nicht mehr Inhalt und Umfang des Urheberrechts.”).

⁽⁷⁷⁷⁾ Cfr. Dreier, *L'analogue, le digital et le droit d'auteur*, p. 128 (referindo que, em

máquinas fotocopadoras na condição de que a informação esteja disponível em formato digital normalizado” (779).

Ora, destinado a servir esta realidade é o sistema CITED (780) desenvolvido na Comunidade Europeia no quadro do programa Esprit II. O seu objectivo consiste em estabelecer mecanismos num sistema electrónico para garantir a protecção apropriada e o exercício dos direitos sobre obras e fonogramas em questão como dos respectivos titulares de direitos e utilizadores, estendendo-se a todas as possibilidades de autorização, notificação e facturação em relação às utilizações relevantes, incluindo uma discriminação dos diversos tipos de usos.

Um outro modelo análogo é o proposto pelo Prof. Zentaro Kitagawa. Trata-se do conceito “Copymart”, que se traduz num tipo de sistema de troca de informação para a licença de obras multimedia e outras criações, através do qual os titulares de direitos põem à disposição dos interessados a sua informação sobre direito de autor e entregam em exemplares *copymart* as suas obras protegidas por direitos de autor, segundo as cláusulas estipuladas por eles mesmos e os utilizadores obtêm mediante pagamento informação sobre direito de autor relativa a diversos tipos de obras (781).

5. Os novos Tratados OMPI consagram regras destinadas a proteger juridicamente as medidas de carácter tecnológico utilizadas para proteger direitos de autor bem como as informações para efeitos de gestão de direitos. A Proposta comunitária segue, *mutatis mutandis*, estas regras. Trata-se de proteger juridicamente os próprios sistemas técnicos de protecção e identificação e, nessa medida, os interesses dos titulares de direitos. A nível europeu, esta solução já era prevista no quadro dos *secondary infringements* na lei inglesa (UK CDPA 1988) e também na directiva programas de computador (art. 7.º, 1-c). Com os novos Tratados OMPI generaliza-se a protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção e identificação, em termos que se consideram implicarem necessariamente “penalidades e outras medidas contra a produção, importação e venda de aparelhos feitos específica ou predominantemente para impedir o funcionamento dos mecanismos técnicos de protecção contra a reprodução não autorizada” (782).

Noutros Estados-membros, porém, começavam a surgir algumas decisões

contrapartida, o grande problema que se põe é que as imagens, uma vez imprimidas, isto é, reconvertidas num suporte analógico, podem ser a todo o momento transferidos mediante varrimento óptico (*scanner*) para um novo conjunto de dados não codificado;

jurisprudenciais. Assim, por ex., na Holanda foi julgado, como delito civil, a colocação à disposição do público de dispositivos cujo único objectivo era, para além de todas as dúvidas razoáveis fornecer ao público meios para decodificar programas de televisão por assinatura (*pay-tv*). São as decisões *FilmNet v. Planken* (District Court, Hague, 20-1-1986) e *Esselte v. Ten* (Court of Appeal Amsterdam, 2-5-1991). Mas há ainda a referir neste país a decisão do Supremo Tribunal de 17 de Dezembro de 1993, no caso *Groeneveld v. Television Distribution Systems NV (TDS)*, em que o tribunal julgou que “a liberdade de receber informação, garantida pelo art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não poderia ser invocada para reclamar a livre recepção de radiodifusão televisiva que tinha sido previamente encriptada pelo distribuidor no sentido de limitar a recepção destas radiodifusões aos subscritores do seu sistema de distribuição que tivessem pago remuneração para a sua recepção. Neste caso, a TDS estava a transmitir programas de televisão de estações televisivas americanas pelas quais teria que pagar honorários de licença. Estes programas, depois de terem sido encriptados, foram transmitidos pela TDS aos seus subscritores que receberam um fio especial *cum annexis* e um decodificador para assegurar a recepção adequada. Num comentário ao caso diz-se correctamente que noutras circunstâncias, tais como o completo monopólio com o distribuidor de programas televisivos, o argumento do livre fluxo de informação passar pelo direito civil e pelas barreiras do direito de autor para garantir que largo público tenha acesso à informação particular” (783).

Parece consensual, actualmente, que o contornamento de dispositivos técnicos de protecção de direitos de autor poderá constituir uma infracção a estes direitos, em termos que serão sancionados pelo direito internacional, europeu e nacional. Parece também que já não se porá sequer o problema, pelo menos em termos de protecção mínima, de saber o que é que se entende exactamente por contornamento não autorizado e se a concepção, fabrico e distribuição de tais dispositivos constitui já um ilícito civil e criminal. Adiante analisaremos as regras propostas nesta matéria e que revestem na actualidade uma importância primordial.

6. Refira-se, todavia, que isto tem repercussões graves ao nível dos

porém, para os problemas da manipulação da imagem e da prova de reproduções parciais, a técnica já vai dando soluções, sendo que no domínio do texto é possível a aposição de um código de barras que, quando reproduzida através de uma fotocopiadora devidamente equipada para o efeito, permite o cálculo exacto das diferentes utilizações

princípios tradicionais do direito de autor. Com efeito, em causa parece estar a deslocação do acto relevante da esfera intermediária para a esfera do gozo da obra, pois que este dependerá da prática de actos reservados em exclusivo ao titular de direitos. Por ex., “mesmo quando um computador simplesmente percorre um documento residente em outro computador, a imagem que aparece no ecrã existe apenas em virtude da cópia que foi reproduzida na memória do computador do utilizador, portanto trata-se de reprodução” (784).

Ao mesmo tempo, parecem impor-se as tendências do *buy-out*, em que o intermediário adquire todos os direitos dos seus titulares mediante pagamento de uma quantia pré-determinada. Fala-se, até, no contornamento do direito de autor, em que os proprietários das redes se tornam titulares das obras protegidas, em resultado da fusão e da convergência das indústrias das telecomunicações, da informática e do audiovisual (785).

E com isto afirma-se uma lógica de controlo do acesso e da utilização de conteúdos informativos oferecidos interactivamente no ambiente digital. Em termos que permitem afirmar que “as anteriores habituais considerações convencionadas de que o gozo da obra em si mesmo não é abrangido pelo direito de autor porque não é averiguável ou controlável, não colhem no ambiente digital. Uma nova orientação do direito de autor sobre o gozo em si deve ser regulado com propriedade fora do direito de reprodução. Sobretudo é duvidoso se no domínio em linha se trata do controlo sobre as reproduções da obra; mais do que isso deve o oferente dispor da possibilidade de controlar o acesso e a utilização da sua oferta de informação. Por isso põe-se a questão de saber se

individuais).

(778) *Serial Copy Management System*.

(779) Gervais, *Identificación en sistemas digitales*, p. 740.

(780) *Copyright in Transmitting Electronic Documents*.

(781) Sobre o conceito “Copymart”, Kitagawa, UFITA 1996, p. 77 s.

(782) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 214-5.

(783) Grosheide, *Copyright and technical protection devices* (The Netherlands), p. 408-9 (o A. sustenta que se o titular de direitos se abstivesse de utilizar um sistema de protecção técnica que não fosse excessivamente difícil de instalar, então num caso de violação de direitos dever-se-ia negar-lhe a pretensão indemnizatória — p. 410).

(784) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 212.

(785) Cfr. Dreier, *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, p. 130.

(786) Bechtold, GRUR 1998, p. 26-7.

(787) Art. 6.º Directiva Programas de Computador (licitude da descompilação de programas de computador para fins de interoperabilidade); sobre a jurisprudência estadunidense, v., por ex., caso *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade Inc.* (9th Cir. 1992)

um tal direito de controlo do acesso e da utilização não pode regular melhor o problema discutido do multimédia e das redes em linha do que uma interpretação extensiva do direito de reprodução” (786).

Acresce que ao direito de autor, *maxime* no ambiente de rede digital, parece estar reservado o papel principal de proteger obras encriptadas contra a decriptagem, funcionando como uma espécie de direito de tapagem contra utilizações não autorizadas das obras protegidas. Ademais, a decriptagem de uma obra digital parece requerer uma reprodução intermédia da versão encriptada. Será essa reprodução justificada quando estiver em causa a descompilação de um programa de computador nos termos em que esta é permitida pela Directiva Programas de Computador e pela jurisprudência estadunidense (787)? A resposta não pode ser senão positiva, mesmo que se entenda que aquele é um acto de reprodução.

Esta problemática relaciona-se directamente com a questão do âmbito dos limites e excepções ao direito de autor. Em que termos os objectivos que se prosseguem através destes limites e excepções não serão precludidos pelas aplicações tecnológicas? E, ainda, os termos em que o uso privado é admitido serão aplicáveis igualmente no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede? Antes do advento dos sistemas informáticos em rede, *maxime* a Internet, a necessidade de harmonizar a nível internacional as excepções não se tinha feito sentir de um modo geral, na medida em que tais excepções tivessem efeitos circunscritos ao território nacional dos Estados (788). Não obstante, os novos Tratados OMPI limitaram-se a enunciar critérios gerais sobre o problema das chamadas excepções ao direito de autor, não definindo os termos

(admitindo a licitude da realização de cópias intermédias do código de um programa de computador segundo a doutrina do *fair use* porque o utilizador tinha um interesse legítimo em obter acesso a informação e isso não era possível de outro modo). Todavia, considera-se que “não será fácil reconciliar uma proibição geral contra o contornamento de dispositivos técnicos com os direitos de outros de copiar partes de obras protegidas segundo a defesa de *fair use*. A proibição é uma cobertura geral; o *fair use* é uma defesa que depende das circunstâncias, particularmente, o objectivo para o qual a cópia foi feita. Apenas em alguns casos jurídicos será alguma vez conhecido o uso final para o qual a cópia de uma obra protegida foi feita” (Smith, *Copyright and technical devices* (USA), p. 429).

(788) Cfr. Dreier, *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, p. 126 (referindo que, por isso mesmo, a Convenção de Berna ter-se-á limitado a dar sobre este ponto instruções de carácter geral; porém, no caso da radiodifusão, que reveste natureza transfonteiriça, e em atenção à segurança dos interesses dos autores, institui-se uma regra segundo a qual toda e qualquer medida de excepção não poderia ter senão, segundo o art. 11 *bis*, 2, da Convenção de Berna, um efeito estritamente limitado ao país que a estabelecesse; com efeito,

precisos em que o direito de autor deverá desempenhar a sua função social. Todavia, à semelhança da radiodifusão, a difusão de obras sob forma digital constitui um problema internacional, uma vez que a rede, seja por cabo ou por satélite, não conhece fronteiras.

7. Além disso, surge aqui um elemento de perturbação, cujo sentido e alcance ainda não terão sido devidamente descodificados. Antes da directiva bases de dados o problema, de modo geral, não se punha. Na verdade, parece claro, nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão, que a “utilização dos dados é livre, salvas as restrições que possam provir da circunstância de esses dados serem obras protegidas. Fica de fora a problemática do acesso às bases de dados, que não respeita já ao direito intelectual” (789). Não obstante, o direito *sui generis* introduzido pela directiva bases de dados é de molde a afectar esta liberdade de utilização dos dados, sujeitando-a, antes, a uma lógica de acesso condicional, mediante remuneração ou outra contrapartida.

Tradicionalmente, a informação não é protegida pelos direitos de propriedade intelectual, constituindo, nessa medida, um bem do domínio público não apropriável e passível de livre acesso e utilização pela comunidade. Porém, na proclamada Sociedade da Informação a informação é convertida em bem económico transaccionado em massa no mercado dos produtos e dos serviços de informação (790). Com isto surgem novos modelos contratuais cujo objecto é justamente composto por informação, e fala-se no “contrato de informação” para abranger uma série de contratos cujo denominador comum é terem por objecto informação, entendida esta, seja enquanto processo de prestação de informação, seja enquanto objecto desse processo ou informação propriamente dita (791). Mas a tutela contratual da informação é relativa em virtude do princípio do efeito *inter partes* dos contratos. Em termos próximos, a tutela de prestações de investimento na produção e distribuição de informação pela disciplina da concorrência desleal, para além de actuar repressivamente, estaria

o art. 11 *bis*, 1, da Convenção de Berna dispõe que os autores das obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar: 1.º a radiodifusão das suas obras por qualquer outro meio que sirva à difusão sem fios dos sinais, sons ou imagens; 2.º qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem; 3.º a comunicação pública, por alto-falantes ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens, da obra radiodifundida; todavia, a 1.ª parte da al. 2) deste artigo permite às legislações dos países da União a regulamentação das condições do exercício dos direitos referidos na al. 1), embora com o limite de essas condições terem um efeito

sujeita à casuística que as cláusulas gerais envolvem na apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto ⁽⁷⁹²⁾.

Os interesses reclamaram a cobertura do exclusivo em nome pura e simplesmente do investimento, isto é, que, juridicamente, os conteúdos informativos integrassem o objecto dos direitos sobre bens imateriais, a par com o direito de autor, os direitos conexos e os direitos industriais, mas que o critério de protecção não fosse senão o próprio investimento na produção de informação. Tudo visto e ponderado, o resultado foi-lhes favorável, tendo sucedido nessa “eterna quimera” que é a sociedade da informação ⁽⁷⁹³⁾. Afirma-se hoje a figura da “*Informationseigentum*” ⁽⁷⁹⁴⁾. Além disso, propõe-se, como veremos, que a protecção jurídica das barreiras técnicas de tapagem e demarcação seja posta, também, ao serviço desta forma de propriedade, ainda nem se tolerando que os dispositivos de pirataria se limitem a dissimular (*concealing*) a protecção técnica ⁽⁷⁹⁵⁾.

É o direito *sui generis* relativo ao conteúdo das bases de dados, mormente no que respeita à suas excepções. Tradicionalmente, os limites aos direitos conexos não prejudicam os limites ao direito de autor. O princípio é o de que o direito conexo não pode proibir o que o direito de autor permite em relação às obras que são objecto de prestações artísticas e empresariais (por ex., a produção fonográfica e videográfica, a emissão de radiodifusão) ⁽⁷⁹⁶⁾.

Todavia, como veremos, este princípio sofre um rude golpe, ficando à mercê das regras da concorrência, das quais se espera que imponham limites adequados ao novo direito *sui generis* ⁽⁷⁹⁷⁾. Como diz Cornish, “o direito *sui generis* pode ser sujeito por cada Estado-membro a excepções limitadas, mas estas são mais estreitas num aspecto crucial do que aquelas que podem afectar o direito de autor numa base de dados. Ao passo que excepções equivalentes são permitidas no caso de extracções para fins privados, ilustração para ensino e investigação científica, e no caso de extracção e re-utilização para segurança pública e processos administrativos ou judiciais, não há nenhuma excepção permitida com fundamentos tradicionalmente permitidos pelo direito de autor. Com efeito a lei nacional não pode aplicar nenhuma excepção de domínio público ao direito *sui generis* nas bases de dados relativas a documentação de patentes. Isto representa uma alteração profunda de *public policy* para muitos Estados-membros e fornece uma base proprietária (distinta de uma puramente contratual) na qual os serviços públicos podem cobrar o fornecimento da

estritamente limitado ao país que as tiver estabelecido).

⁽⁷⁸⁹⁾ Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 340.

maior parte da informação governamental. As implicações disto foram ainda pouco apreciadas” (798).

Ora, as limitações a este direito *sui generis* configuram o conteúdo deste direito em termos mais limitativos no que respeita à prossecução de fins de interesse público. A informação contida na base de dados, qualquer que seja a sua natureza, será objecto de um direito de exclusivo, cujo acesso e livre utilização são mais restritos do que se passa com o direito de autor tradicional. Só as regras da concorrência parecem poder jogar um papel moderador do sentido e alcance dos contornos deste direito *sui generis*, em conformidade com a jurisprudência do TJCE firmada no caso *Magill*. Como refere Cornish, o “direito *sui generis* não está sujeito a medidas explícitas de licenças compulsórias nos casos em que os dados vêm de uma única fonte e outros são por isso precludidos de os recolher e oferecer a sua versão na concorrência. Uma tal limitação expressa fazia parte de redacções prévias, e os produtores de bases de dados fizeram dura pressão para assegurar a sua remoção. No decurso da evolução da Directiva, o Tribunal de Justiça Europeu decidiu o caso *Magill* (*Radio Telefis Eireann v. EC Commission* [1995] 5 CMLR 718) e este forneceu uma base geral *anti-trust* para objectar à utilização opressiva do direito *sui generis*. / O caso foi trazido na sequência de uma decisão britânica de que o direito de autor ‘suor-na-testa’ existe nas listagens de programação de uma estação televisiva (*BBC v. Time Out* [1984] FSR 64). Em conformidade, a estação e os seus associados tinham o poder de proteger as suas próprias listagens informativas contra a concorrência de listagens em jornais diários e outros. Sob as regras de concorrência do Tratado de Roma um abuso de posição dominante é tratado como uma forma de monopolização ilícita (art. 86). Foi sustentado que a recusa em conceder mais do que uma licença limitada das listagens constituiria um tal abuso, o qual só poderia ser rectificado pela imposição de uma licença obrigatória desse material. Esta limitação geral aos poderes dos titulares de direitos de propriedade intelectual de extrair o pleno valor económico dos seus direitos aparentemente exclusivos é considerada pelo Tribunal como funcionando apenas em casos excepcionais. Mas quando um direito é concedido directamente para proteger o investimento, como é o declarado objectivo do direito sobre conteúdos de bases de dados, isso não deveria ser permitido tornar-se uma barreira contra o acesso à informação. O interesse social em ser capaz de obter informação de vários tipos por um preço razoável, e não monopolístico, deve ser antes efectivamente

(790) Vide Pethig, *Information als Wirtschaftsgut*, p. 18.

considerado de importância primordial. ‘Excepcional’, afinal de contas, significa merecedor de excepção; neste contexto isso não deveria implicar nada mais” (799).

§ 38. *POST SCRIPTUM II — DIREITO DE AUTOR EX MACHINA (?)*

1. Para encerrar esta parte, interessa recapitular, sucintamente, os passos percorridos. Começámos por relatar a crónica da metamorose anunciada, em especial no quadro da harmonização comunitária. Constatámos que a adaptação do instituto do direito de autor ao novo ambiente digital conhece já fase avançada, sendo de destacar a recente Proposta de Directiva submetida na sequência dos novos Tratados OMPI, os quais resultaram de uma convergência de esforços a nível internacional no sentido da actualização da Convenção de Berna ao novo paradigma tecnológico. Sendo que, em linha de continuidade com o Acordo ADPIC, reafirmaram esses tratados a protecção dos programas de computador e das bases de dados pelo direito de autor.

Vimos, ainda, que a Proposta insere-se num quadro de harmonização comunitária do direito de autor, no qual se destaca a adopção de Directivas sobre programas de computador, direitos de aluguer e comodato, direitos conexos, duração da protecção, radiodifusão por satélite e cabo, e bases de dados. Harmonização esta que surge na sequência de diversa jurisprudência comunitária que integrou o direito de autor no Tratado de Roma, bem como na sequência da realização do mercado interno. Destaca-se, ainda, a Resolução comunitária de adopção pelos Estados-membros da Convenção de Berna (Paris 1971), no seio da qual coexistem, de há uma década a esta parte, duas concepções do direito de autor que contradistinguem as principais tradições nacionais dos Estados-membros. Trata-se da dicotomia *copyright/droit d’auteur*, que caracterizámos sucintamente.

Por seu turno, constatámos que a Proposta pretende harmonizar aspectos nucleares do direito de autor, como sejam o direito de reprodução, o direito de comunicação ao público e o direito de distribuição, incluindo as respectivas “excepções”. Além disso visa harmonizar a nível comunitário a protecção jurídica de sistemas técnicos de protecção e identificação, resultantes de aplicações da tecnologia criptográfica e da estenografia, em termos próximos dos Tratados OMPI, e no quadro de regras que, anunciadas no Livro Verde 1988, eram já conhecidas nos países de *copyright* no quadro dos chamados “secondary infringements”. Sendo que a Proposta, apresentada no contexto

da economia e do mercado da informação e tendo por horizonte a realização da Sociedade da Informação, considera o direito de autor como direitos de propriedade intelectual e estes como fazendo parte do direito de propriedade.

Esta consideração levou-nos a revisitar a *vexata quaestio* da natureza jurídica do direito de autor, tema clássico sobre o qual verificámos não haver consenso na doutrina. À propriedade de Locke celebrada nas primeiras leis sobre direito de autor e sustentada por Hegel e outros filósofos, juntou-se a defesa da personalidade do autor atribuída ao pensamento de Kant. Na nossa doutrina, o Prof. Manuel de Andrade aproxima-se da tese da propriedade, a qual é defendida pelos Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, no que são acompanhados pelo Prof. Ferrer Correia e, ainda, pelo Prof. Orlando de Carvalho, que, porém, sustenta a figura dos “direitos geminados” de propriedade e personalidade. O Prof. Mota Pinto diz que a expressão propriedade intelectual não é rigorosa e parece remeter os direitos de autor para os direitos *sui generis*. Numa outra orientação, o Prof. Oliveira Ascensão defende a recondução do direito de autor à figura dos direitos de exclusivo, entendida esta como figura *a se stante* no quadro dos direitos subjectivos.

É, na verdade, uma questão muito discutida, sobre a qual não há consenso. Propriedade intelectual (Pouillet), personalidade (v. Gierke), direito duplo real e de personalidade (Kohler), direito intelectual ou de exclusivo (Picard, Roubier), estas são as teses antigas, que compõem o quadro de reconstituição doutrinária durante este século por Autores como Ulmer, v. Gamm, Hubmann, Rehbinder, Fromm, Nordemann, Schricker (Alemanha), Desbois, Plaisant, Le Tarnec (França) e Piola-Caselli, Greco, Franceschelli, Ascarelli (Itália), Troller (Suíça) e Recht (Bélgica); ou mais, recentemente, Bercovitz, Colombet, Dietz, Vivant, Rogel Vide, Fabiani, Lehmann, Gautier, Bertrand. No horizonte de *Common Law*, porém, a questão parece ser pacífica no sentido da *intellectual property*, como se constata, desde Drone até Cornish e Bainbridge.

O tratamento desta questão levou-nos a procurar o significado da propriedade intelectual consagrada no Código Civil; no que fomos confrontados com certas questões, como a de noção de coisa e sua incorporalidade, e o problema do valor sistemático da definição do conteúdo da propriedade regulado neste Código. Procurámos, ainda, neste passo, enquadrar os direitos conexos, quer na lei civil, quer na lei constitucional, pois que delas literalmente não constam, embora possam, ao que parece, ser acolhidas pela liberdade de criação cultural. Nesta abertura sistemática foi sugerido um enquadramento dos direitos de propriedade intelectual, nele se contando por um lado o direito de autor e os direitos conexos, incluindo figuras atípicas (por ex., direito ao espectáculo) e regimes especiais (programas de computador, directiva sobre

bases de dados), e, por outro lado, a propriedade industrial, incluindo também certos direitos especiais previstos nas regras da concorrência desleal (“segredos de empresa”) e em regimes especiais (topografias de produtos semicondutores). Terminámos este capítulo com uma referência ao fenómeno da “apropriação do direito de autor pela empresa”, procurando saber o que se entende por empresa e qual o sentido e limites da sua relação com o direito de autor.

Depois, abrimos o processo de descodificação do direito de autor entre nós, começando por fazer uma breve referência ao regime dos direitos conexos. Procurámos compreender os princípios que informam o instituto ao nível do objecto (obras literárias e artísticas), sujeito (autor) e do conteúdo (patrimonialidade, pessoalidade, temporalidade e territorialidade), anotando alguns pontos do regime da propriedade industrial. Além disso, fizemos uma breve caracterização da gestão colectiva, em ordem a entender a problemática que aí se trava.

2. Uma vez compreendidos os princípios fundamentais do direito de autor, expusemos brevemente os principais problemas que o novo paradigma tecnológico põe ao direito de autor. Por um lado, entre nós, a doutrina apontou o *vacuum* legislativo, no sentido de as nossas leis não terem sido feitas para regular este meio de utilização, a informática. A isto acrescentámos algumas notas. Vimos que, no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede (*maxime*, a Internet), para além do problema já atrás abordado de saber se o direito de autor pode (e deve) proteger programas de computador, bases de dados, obras geradas por computador e as chamadas criações multimedia, a obra parece resumir-se a uma série de sequências de dígitos, com a conseqüente fragmentaridade e plasticidade. De igual modo constatámos que o autor humano tende a ser progressivamente assistido, senão mesmo substituído, por sofisticados sistemas de inteligência artificial, em termos que afectam o fundamento tradicional do direito de autor; porém, apontámos vias alternativas de tutela como seja o direito *sui generis*, integrando tais obras o conteúdo de bases de dados automatizadas.

Também em sede de conteúdo constatámos que o ambiente digital dos sistemas informáticos põe em causa as categorias tradicionais. Com efeito, para além de o direito moral ser afectado em razão das facilidades tecnológicas de reformatação ou manipulação dos conteúdos digitalizados, é o direito de

(⁷⁹¹) Cfr. Ebnet, *Der Informationsvertrag*, p. 15.

(⁷⁹²) Cfr. Goebel, *Informations- und Datenbankschutz*, p. 115.

utilização que é posto em causa; sendo que não se trata apenas da qualificação de actos como o carregamento descendente e ascendente, a transmissão em linha ou as “pontes” entre locais na rede; vimos que a problemática vai mais fundo e afecta distinções tradicionais, como sejam entre reprodução (produção de exemplares materiais) e comunicação incorpórea (por ex., radiodifusão), e entre público e privado, parecendo a liberdade de uso privado ser comprimida pelos novos meios.

Com efeito, numa perspectiva técnica, a visualização no ecrã de uma obra registada sob forma digital exige a produção de uma cópia na memória do computador que a ‘representa’. A tendência parece apontar no sentido de considerar uma tal cópia, ainda que temporária, como um acto de reprodução sujeito à autorização do titular dos direitos, eliminando-se a faculdade de reprodução para uso privado que de outro modo tornaria esse acto livre⁽⁸⁰⁰⁾. Consequentemente, por via do direito de reprodução, é o próprio acto de utilização que cai no âmbito dos direitos exclusivos, e é o acesso ao conteúdo da obra que se encontra sujeito a uma autorização prévia. Tradicionalmente, o acesso ao conteúdo da obra e o gozo das utilidades primárias estariam para além do direito de autor, uma vez quebrado o inédito⁽⁸⁰¹⁾. Agora a tecnologia torna possível o controlo das utilizações e da gestão das autorizações, bem como a arrecadação das receitas, perspectivando-se o sancionamento penal do contornamento ou neutralização destes controlos. A digitalização oferece aos autores a possibilidade de controlarem cada utilização individual da obra, ao mesmo tempo que facilita a detecção de infracções aos direitos, bem como a prova dessas infracções.

3. Por outro lado, a comercialização de uma obra pelo intermediário de suportes materiais gerava necessariamente uma perda de controlo relativamente à utilização que era feita destes exemplares. Agora torna-se possível inserir os utilizadores na cadeia de autorizações contratuais. Tendo em conta que a venda de suportes materiais diminuirá em favor da distribuição em linha, mediante transmissão electrónica pela Internet, torna-se concebível a supressão dos intermediários através do estabelecimento de uma relação directa entre o titular dos direitos e o utilizador. Ao mesmo tempo, esvai-se a distinção entre a obra e os seus exemplares, pois que, *inter alia*, a teoria do esgotamento

⁽⁷⁹³⁾ Mallet-Poujol, D. 1997, p. 330.

⁽⁷⁹⁴⁾ Wiebe, *Information als Schutzgegenstand*, p. 107.

⁽⁷⁹⁵⁾ Cfr. Dietz, ZUM 1998, p. 448 (que critica a Proposta, porque “a dissimulação

do direito de distribuição, que representa um limite aos direitos exclusivos dos autores, parece não ser válida no ambiente digital dos sistemas electrónicos de informação em rede (WWW).

Na verdade, este princípio foi elaborado pela jurisprudência para os casos em que a obra é comercializada mediante suportes materiais, já não para a prestação de serviços. Ora, se se considerar a transmissão digital em linha como um acto de prestação de serviços, então parece excluir-se o princípio do esgotamento do direito de distribuição, reforçando os poderes de controlo do titular de direitos, pois poderá impedir a distribuição posterior da cópia obtida.

Acresce que, em sede de gestão de direitos, o novo paradigma tecnológico,

de uma violação ao direito de autor como variante dos comportamentos proibidos parece suficientemente importante, para que se possa simplesmente deixar para trás na recepção” [dos Tratados OMPI]).

(⁷⁹⁶) Entre nós, v. art. 189.º, 1-f, CDADC.

(⁷⁹⁷) Cfr. Kappes, *Informationssammlungen*, p. 285.

(⁷⁹⁸) Cfr. Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*, p. 441.

(⁷⁹⁹) Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*, p. 441-2.

(⁸⁰⁰) Cfr. Piette-Coudol/Bertrand, *Internet et la loi*, p. 144.

(⁸⁰¹) Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 674.

(⁸⁰²) *Vide* Schlachter, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 38 s. (“the business models and technological tools will evolve over time to make copyright law increasingly less important as a tool for conforming behavior on the Internet.” — p. 49).

(⁸⁰³) Os próprios fundamentos tradicionais do instituto são postos em causa: a partir de uma análise de casos em que sobressai que, o que era dado por adquirido (protecção de programas de computador), terá sido retirado pelos tribunais de acordo com a lei (feita a partir da experiência judicial), com fundamento na dicotomia forma-factos/expressão-originalidade (*Lotus v. Borland*, 1995; *Feist Pub. v. Rural Tel.*, 1991), pretende com isso demonstrar as insuficiências, quer da justificação do direito de autor como direito “natural” do autor, quer da justificação do direito de autor como instrumento de promoção da produção e disseminação de obras de autoria; com efeito estas justificações dependeriam de uma convenção que se destinariam a explicar, mas, como resultaria dos exemplos analisados, já não explicariam; todavia, essas convenções estariam enraizadas na “natureza das coisas”, pelo que, em ordem a salvaguardar a sua validade seria necessário “disciplinar” a jurisprudência (Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1050 s.). Para compreender este pensamento é necessário ter em conta, ainda, três afirmações capitais.

Primeira (p. 1252-3): “The current law, a product of the latter revision, was enacted after two decades of study and debate. Since then, the statute has been revised further. Nevertheless, to a remarkable extent, often in fundamental respects, the law of copyright has developed in the manner of the common law. With the tacit and, more recently, the explicit approval of Congress, the courts have themselves been responsible for much of the

doctrine that comprises copyright law, often with little advertent legislative action. The distinction between idea and expression in all its ramifications, the exclusion of functionality, fair use, are all judicial creations, not only in details of their application but also in their broad statement.”

Segunda (p. 1253): “Courts are not legislative institutions. Their task paradigmatically is not to announce a rule but to determine the outcome of a concrete case in all its particularity, not to formulate policy but to implement a policy otherwise determined. That distinction is the core of the difference between the legislative and judicial functions. [...] the court’s role is in principle interpretive rather than initiative. Attending the case before it, its inquiry is a bounded one, in a way that legislative is not.”

Terceira (p. 1253-4): “All the same, according to the most ample purposive or constructivist view of a court’s adjudicative responsibility, there remains the task of applying the law to the facts — locating the particular in the general. If the law’s application is uncertain and the policy to be served is obscure, it would perhaps be more direct to abandon the search for meaning and address the question of policy head-on; and it may sometimes appear (sometimes correctly) that a court has done the latter in the guise of the former. But a court mindful of its competence cannot follow that course.”

Isto significa o seguinte: na opinião do A. o direito de autor não estará a servir o fim constitucional de promover o progresso da ciência. Primeiro, porque a jurisprudência recusa protecção aos aspectos funcionais dos programas de computador não promovendo as novas formas de expressão criativa. É isto por duas razões. Por um lado, porque a concretização da dicotomia ideia/expressão (*Lotus v. Borland*) deixa de fora os aspectos mais importantes dos programas de computador (algoritmos, lógica, ou, de um modo geral, saber-fazer de programação informática). Por outro lado, além disso, ainda permite, como veremos, a descompilação dos programas para fins de interoperabilidade, justificando com base no princípio de *fair use* a licitude da reprodução e da tradução do programa com vista à obtenção das necessárias informações, deixando a descoberto o que a protecção remanescente da expressão não funcional ainda protegia. Segundo, porque a jurisprudência com base de novo na distinção entre forma de expressão e conteúdo ideativo, funcional e factual, deixa desprotegido este último se aquela não for original, por entender que o direito de autor não se destina a proteger factos e exige um “modicum of creativity” que não o mero “suor na testa” (*Feist v. Rural Tel.*).

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

A seu favor terá dois fortes argumentos. Primeiro, a UE já adoptou um regime *sui generis* cuja aplicação a “não europeus” fica sujeita à reciprocidade material ou a acordos especiais; o que, apesar de ser problemática a conformidade desta regra em relação à

Convenção de Paris *via* Acordo ADPIC, colocará os produtores de bases de dados estadunidenses em desvantagem concorrencial no mercado dos produtos e serviços de informação. Como vimos na abertura da Parte I, uma primeira proposta de direito *sui generis* não foi aprovada neste país, também não tendo passado na Conferência de Genebra a Proposta estadunidense decalcada da directiva europeia; estará em discussão actualmente o *Collections of Information Antipiracy Act* (Oct. 9, 1997).

Segundo, relativamente aos aspectos funcionais, poderá valer-se do facto de o novo Tratado OMPI sobre direito de autor, à semelhança já então do Acordo ADPIC, definir o objecto de protecção pela negativa em termos aparentemente menos restritos do que a lei estadunidense. Com efeito, esta última caracteriza positivamente o objecto de protecção em termos vagos e pouco precisos (“original works of authorship fixed in any tangible medium of expression”, § 102a CA), quando comparados com a delimitação negativa, que opera em termos e bem definidos: “In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.” (§102b CA). Em face dos termos desta norma, que o nosso legislador perfilhou, o normal é que justamente os programas de computador tenham dificuldades em ser aí protegidos, ao menos no que respeita ao seu “golden Nugget”. As regras do Tratado OMPI poderão favorecer, em certos termos, a posição que sustenta. Por um lado, define em termos positivos o objecto de protecção no sentido de abranger os programas de computador, qualquer que seja o modo ou forma de expressão (art. 4.º). Por outro, esta posição é reafirmada no sentido de a protecção se estender às expressões, sendo depois delimitada negativamente no sentido de não abranger “as ideias, os processos, os métodos de operação ou os conceitos matemáticos enquanto tais” (art. 2.º). Esta formulação é, pois, mais restrita do que a da lei estadunidense, e poderá servir para, de algum modo, moderar os precedentes jurisprudenciais que recusam protecção a todos os elementos funcionais dos programas. Poder-se-á argumentar que estes elementos, enquanto tais, não são processos, nem métodos de operação ou puros conceitos matemáticos, antes constituindo já uma forma de expressão.

Note-se, todavia, que, no essencial, os programas de computador só na aparência serão obras literárias em sentido tradicional. Pois que, no mínimo, serão inteligíveis apenas pelo círculo esotérico dos programadores informáticos. Apesar de todos os Tratados, a verdade é que a questão está de novo aberta, como aliás prova o Artigo do A. com quem dialogamos, quando retoma, justamente, a contraposição entre livros e máquinas (v. Weinberg, Harvard LR 1998, p. 1180 s.). Numa solução de continuidade, poderá argumentar-se que um problema actual é saber se no futuro a alfabetização da comunidade não passará, no mínimo, por saber construir uma página na rede, em articulação com o paradigma da “tecnologia *push*.” Trata-se, ao que parece, de uma operação relativamente fácil. Mas, acresce ainda, que depois de entrar na teia (WWW) é preciso saber proteger-se contra a “aranha”, desde logo porque cada utilizador pode ser um autor ou titular de direitos (Katsh, *Law in a Digital World*, p. 214).

Há, todavia, uma questão que o A. parece não abordar expressamente, embora esteja presente nas entrelinhas, a julgar pela crítica que aparentemente faz à doutrina do *fair use*. É este um problema da máxima importância e que se prende com a questão da

descompilação de programas de computador. Consagrada expressamente na directiva europeia para fins de interoperabilidade entre sistemas informáticos, seria admitida em termos semelhantes pela jurisprudência estadunidense com base no princípio de *fair use*. A questão põe-se, uma vez que as medidas tecnológicas poderão impedir a realização desta operação e, desse modo, comprometer o imperativo da interoperabilidade que se visa prosseguir. Com efeito, a WWW só é possível porque há protocolos de acesso (*interfaces*) que permitem aos sistemas informáticos (equipamento e suportes lógicos) funcionarem em conjunto. Ora, se os titulares de direitos taparem os programas em termos que não permitem a descompilação, então a interoperabilidade sairá prejudicada. Acresce que os novos Tratados OMPI aprovaram regras de proibição de dispositivos tecnológicos de contornamento destes sistemas técnicos (por ex., aplicações criptográficas). Na sequência dos Tratados foi apresentada a Proposta comunitária que ressalva, todavia, que se esses dispositivos se destinarem à prática da descompilação nos termos admitidos pela directiva, então a sua produção e distribuição já não será ilícita.

Só que, nos EUA a faculdade de descompilação não é consagrada legalmente, sendo antes uma construção jurisprudencial com fundamento no princípio de *fair use*. Ora, a este respeito o A. nada parece dizer. Será que quando apela a regras claras estará a pensar também nesta situação? E, em que sentido? Para eliminar o *fair use* de descompilação ou, antes, para consagrar legalmente, à semelhança da directiva comunitária, uma isenção para estes fins? É verdade que, embora se reconheça a natureza equitativa da doutrina do *fair use*, esta doutrina tem merecido algumas críticas, considerando-se, nomeadamente, que a incerteza gerada pelo uso imprevisível da doutrina *fair use* iria desencorajar a criatividade quer dos criadores já existentes, quer dos *new-comers* ao mercado (v. Fischer, Harvard LR 1988, p. 1667 s., criticando os casos *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 1984, *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*, 1985; v., ainda, Leval, Weinreb, Harvard LR 1990, p. 1105, p. 1137 s.). Todavia, este princípio tem sido utilizado pela jurisprudência numa série de casos em que se exigiam precedentes de adaptação do direito de autor ao novo paradigma tecnológico.

E é justamente neste novo contexto que outras questões se levantam. Novas aplicações tecnológicas anunciam a erosão da distinção entre programas e dados, pelo que a interoperabilidade de dados será também uma condição necessária à criação de sistemas globais de informação. A nosso ver, os termos em que a interoperabilidade é definida pela directiva programas de computador são susceptíveis de abranger a interoperabilidade de dados. Com efeito, a interoperabilidade é aí definida como “a capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas” (cons. 12, Directiva Programas de Computador). Ora, o A., que reclama um alargamento do objecto de protecção no sentido de abranger a expressão funcional, que diz em troca? Nada parece dizer, com efeito. Aliás, o apelo que faz é contrário à “descompilação livre”, uma vez que esta permite aceder aos segredos de programação e reutilizá-los na escrita no desenvolvimento de programas. Também não ignorará o A., por certo, que a “guerra” que se trava actualmente no ciberespaço relaciona-se com a utilização de formatos reservados de dados, uma vez que a utilização desse formato, sendo reservado, ficará sujeita ao controlo do titular de direitos.

Mas há ainda um outro aspecto que deverá ser realçado. De igual modo, o A. não ignorará que o alargamento da protecção à expressão funcional traduzir-se-á num aumento

ao mesmo tempo que permite a gestão individual, assiste-se, não obstante, a um pedido de reforço da gestão colectiva, nomeadamente para as produções multimedia. Para além desta via tradicional aponta-se a necessidade de criação de um balcão único, na forma de um centro electrónico de clareamento (*clearance*).

Por último, perguntámos qual seria o papel do direito de autor num contexto em que a tecnologia parece prevenir aquilo que o direito de autor apenas reprime⁽⁸⁰²⁾. E constatámos que o direito de autor é chamado a proibir certas actividades de contornamento ou supressão de dispositivos tecnológicos de protecção e de identificação. O que suscita a questão de

exponencial das utilidades que se podem extrair do programa em termos de transformações ou do chamado direito à obra derivada. Sendo que, como veremos, a jurisprudência estadunidense admite com base no princípio *fair use* certas formas de interacção que modificam temporariamente o funcionamento de programas (v., por ex., caso *Lewis Gallob Toys v. Nintendo of America*, 1992). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para determinados modos de interacção de dados, como sejam o estabelecimento de ligações entre locais da rede (*linking*). O que dizer de aplicações interactivas que alteram obras protegidas e que, em alguns casos precedentes, a jurisprudência deste país, na sequência do que fez em matéria de programas, poderá admitir como lícitas com base no *fair use*? Qual será o sentido que o A. aponta para tratar estes casos? Codificar as excepções permitidas? Eliminar o *fair use* e proibir todos estes actos?

Não deixa de ser sintomático que o A., depois de ter “desmontado” as justificações tradicionais do direito de autor (o direito “natural” do autor e a análise económica), remeta, numa óptica de realismo jurídico, para as origens históricas da propriedade intelectual que indicariam com toda a probabilidade que o fundamento convencional tivesse pouco a ver com as justificações actuais, referindo que o monopólio do editor a partir do qual o direito de autor se desenvolveu estava ligado à censura, e apoiando-se para o efeito no entendimento segundo o qual: “Copyright was not a product of the common law. It was a product of censorship, guild monopoly, trade-regulation statutes, and misunderstanding” (Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, 1968, p. 19, *apud* Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1210, n. 255). Esvaindo-se o fundamento humanista e cultural do direito de autor e esgotada a justificação económica oferecida pelo “argumento instrumental”, esta referência às origens do *copyright* como alternativa possível, ao jeito de um retorno ao paradigma perdido, levar-nos-ia a concluir, irremediavelmente, pela submersão do direito de autor “pela teia de interesses empresariais” conducente à sua qualificação, já hoje, “como num direito dos privilégios das empresas de *copyright*” (Oliveira Ascensão, *Direito de autor como direito da cultura*, p. 1056).

Todavia, cremos ser esta via, a do direito de autor como cultura, e não como mera mercadoria, a que deverá ser oposta a tentativas de diluição do instituto numa pura óptica mercantil, secando-lhe os fundamentos. O direito de autor desempenha funções e prossegue escopos que não se reduzem ao valor de mercado das obras, seja para o autor,

saber quais os limites do direito de autor neste novo ambiente, uma vez que, tradicionalmente, o regime do direito de autor consagra determinadas utilizações livres para fins de informação, ciência e educação, e arquivo. E é justamente esta circunstância que nos leva a perguntar se o direito de autor abrangerá um direito de tapagem e se não estaremos hoje, no limiar do terceiro milénio, a inaugurar a era do direito de autor *ex machina*.

4. Não obstante — *et pour cause* —, a utilidade tradicional do direito de autor como sistema de protecção de obras literárias e artísticas poderá ser actualmente posta em causa em virtude da generalização das medidas técnicas de protecção relativamente à informação distribuída sob forma digital⁽⁸⁰³⁾. Uns falam do admirável novo mundo dos sistemas de protecção técnica e perguntam se ainda haverá lugar para o direito de autor⁽⁸⁰⁴⁾. Outros, porém, sugerem a “reconciliação’ do direito de autor com a tecnologia”⁽⁸⁰⁵⁾, uma vez que esta teria dado aos autores o poder de controlar a utilização obra, poder esse que teriam perdido com a invenção da imprensa e outras técnicas de reprodução em massa. Mas, por isso mesmo, se se considerar que o direito de autor é “um artefacto de Gutenberg”⁽⁸⁰⁶⁾, então parece que terá perdido a sua razão de ser, pois que a tecnologia, ela própria, será suficiente para a protecção das obras literárias e artísticas.

E, com efeito, a utilização de sistemas de protecção técnica mediante aplicações criptográficas (cifragem, assinatura digital) e da estenografia está em franco desenvolvimento, em especial no mercado virtual da Internet, em termos que permitem controlar minuciosamente as utilizações das obras e outro material protegido. Com efeito, a “tecnologia pode ser usada para proteger as obras digitalizadas contra qualquer acesso não autorizado, reprodução, manipulação, distribuição, ou exibição das mesmas. Também pode ser útil na autenticação da integridade das obras protegidas e na administração e licenciamento de tais obras. A protecção pode ser implementada no ‘hardware’, no ‘software’, ou em ambos”⁽⁸⁰⁷⁾.

seja para a sociedade em geral. Analisar o problema só por este prisma é uma visão redutora que, curiosamente, ao mesmo tempo quer alargar direitos ditos quase sem valor. E, note-se, alargar a área de exclusivo à custa de limites a estes direitos justificados em nome do interesse geral. Eliminar formas de utilização livre para fins de informação, de educação, de investigação científica, de crítica e de arquivo, algumas das quais são permitidas pela doutrina de *fair use*, é amputar ao direito de autor a sua função sócio-cultural fundamental e reduzir as obras ao estatuto de pura mercadoria. E, afinal de contas, se não é a protecção do autor nem a promoção da arte e da ciência que fundamentam o direito de autor, em

Nesse sentido, actualmente, está em curso o desenvolvimento de um “código” de direitos de propriedade intelectual para regular os termos e condições de utilização autorizada de informação digital e marcá-los nos documentos que contêm a informação, em termos que se designam “direitos de propriedade digital” (808). Entre outros, esta linguagem tecnológica de “propriedade digital” pode ser utilizada para gerar o equivalente técnico a um direito de comodato, através da inutilização da cópia quando o utilizador autorizado a empresta a um terceiro, reactivando-se quando a cópia emprestada deixa de ser utilizada por esta pessoa. Acresce que, se alguém tentar utilizar um objecto equipado com um “sistema acreditado” (*trusted system*) sem para o efeito ter obtido autorização ou pago a respectiva remuneração, tal sistema pura e simplesmente não executará o comando. Considera-se a propósito que, “obedece-se a este código técnico, não porque se deva, mas antes porque não há alternativa”, sendo que num “sistema bem implementado não haverá desobediência civil” (809).

A utilização dos sistemas técnicos de protecção e identificação permite a segurança indispensável ao desenvolvimento do comércio electrónico no ambiente digital. Mas, para assegurar a eficácia destes meios de protecção técnica é necessária uma tutela jurídica dessas medidas de carácter tecnológico. Sem isso a edição electrónica e o mercado em linha não estarão protegidos contra a pirataria praticada através de descodificadores ilícitos e outros dispositivos de acesso não autorizados. Sustenta-se, nessa medida, entre nós, que: “Uma vez postos em prática, tais mecanismos deverão ter eficaz protecção legal. Haverá que impedir a produção e distribuição de meios técnicos que desactivem o funcionamento dos mecanismos que impedem ou limitam a reprodução, tanto mais que é muito fácil afastar esses mecanismos” (810).

Não obstante, deverá ser tido em conta que, por força de tais mecanismos, a obra passará a ser protegida, não porque seja original, mas porque foi objecto de um dispositivo tecnológico de protecção (por ex., uma aplicação criptográfica). Nessa medida, a sua reprodução será interdita, não porque o direito de autor reserve esta prerrogativa ao autor, mas, pura e simplesmente, porque os mecanismos técnicos a impedem. De igual modo, a protecção tecnológica será extensível a tudo o que o titular desejar proteger, quer se

nome de que interesses é que se apela à intervenção legislativa para disciplinar a “rebelde” jurisprudência?

(804) Vinje, EIPR 1996, p. 431 s.

trate de obras originais ou não, e quer estejam ou não no domínio público. Isto não resultará de um sistema de direitos exclusivos mas antes de dispositivos tecnológicos. Os poderes dos titulares e a duração de protecção não serão definidos por lei, mas pelo titular com o auxílio da máquina. Assim, por ex., o domínio público poderá ser determinado pelos titulares dos direitos e não pela lei. Com efeito, num ambiente em que a informação é acessível sob forma digital e em que todas as utilizações podem ser controladas, a noção de domínio público parece desaparecer, sendo substituída pelo conceito de *shareware* ou *freeware* na WWW⁽⁸¹¹⁾.

É verdade que “a história do direito de autor reflecte o desenvolvimento da tecnologia”⁽⁸¹²⁾. Só que, nos termos do actual desenvolvimento, o estatuto protegido ou não de uma informação, tal como a duração dessa protecção, parecem poder ser definidos pelo detentor da informação, ao invés de o serem pela lei. A gratuidade, o livre acesso, e a partilha de recursos informativos que estiveram na génese da Internet são agora substituídos por uma lógica de exploração comercial, em que o acesso às informações é feito depender de prestação de remuneração por parte do utilizador, podendo o fornecedor cortar o serviço quando aquele não pague a remuneração devida. Com efeito, “nas redes digitais um direito a controlar o acesso é a chave que permite ao fornecedor do serviço e ao criador recuperarem o valor, ao mesmo tempo que introduz um meio de arbitrar os direitos de propriedade e os direitos do público. Os Direitos de Acesso constituem a peça central do ambiente da «nova» propriedade”⁽⁸¹³⁾.

5. E, com isto, o direito de autor parece converter-se num sistema de remuneração baseado no acesso condicional. É justamente esta realidade que traduzem os chamados serviços de acesso condicional, que, segundo a referida directiva comunitária, têm como característica comum o facto de o acesso ao serviço à distância (radiodifusão ou serviços interactivos) ser condicionado a uma autorização prévia que tem por objectivo assegurar a remuneração do serviço, designadamente os serviços televisivos e radiofónicos por assinatura, o vídeo a pedido, o audio a pedido, a edição electrónica e um vasto leque de serviços em linha, os quais são prestados ao público com base numa assinatura ou numa tarifa em função da utilização. Todos estes serviços são prestados ao

⁽⁸⁰⁵⁾ Strowel/Triaille, *Le droit d'auteur*, p. 469.

⁽⁸⁰⁶⁾ Negroponte, *Being Digital*, p. 58.

⁽⁸⁰⁷⁾ Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 213.

público no sentido de que um determinado conteúdo é colocado à disposição de todos os membros do público que estejam dispostos a pagar o “título de acesso” ao serviço.

Faz-se a analogia com o acesso a teatros e cinemas e considera-se que os serviços de acesso condicional baseiam-se no mesmo princípio que regula o acesso aos teatros e cinemas, pois que em ambos os casos o serviço pode ser circunscrito a determinadas categorias do público, como filmes só para maiores, sem que tal afecte o conceito de serviço “prestado ao público”. Aponta-se, porém, a diferença de o controlo de acesso à distância ser mais difícil e exigir técnicas distintas. É esta dificuldade acrescida de controlo que está na base da proposta de proibir actividades de fabrico, importação, venda, posse, instalação, manutenção ou substituição, para fins comerciais, e a comunicação comercial de promoção de dispositivos ilícitos, isto é, de quaisquer equipamentos ou programas informáticos concebidos ou adaptados com vista a permitir o acesso não autorizado a um serviço protegido; entendendo-se por acesso não autorizado quando for respeitante a um serviço protegido sob forma compreensível sem autorização do prestador do serviço, isto é, quando for sujeito a acesso condicional por qualquer medida ou mecanismo técnico mediante o qual o acesso a um serviço sob forma compreensível é condicionado a uma autorização individual prévia destinada a assegurar a remuneração do referido serviço (como sejam a cifragem digital e analógica dos sinais de radiodifusão e os envelopes criptográficos contendo uma versão cifrada de um documento, como texto, imagem, vídeo, bem como as regras que definem as possibilidades de acesso).

É importante referir que não se propõe sancionar directamente o acesso não autorizado, mas apenas as actividades comerciais que o tornam possível, sendo que a mera posse para efeitos privados dos dispositivos ilícitos (descodificadores, *set-top boxes*, cartões inteligentes e qualquer outro tipo de equipamento ou programa que por si só ou em conjugação com outros dispositivos sejam necessários para a recepção do serviço sob uma forma compreensível, em contraposição a uma forma codificada e não compreensível) não é sancionada pela proposta de directiva, embora deixe aos Estados-membros a liberdade de o fazerem, considerando que não prejudica a aplicação de disposições nacionais susceptíveis de proibir a posse privada de dispositivos

(⁸⁰⁸) Stefit, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 137 s. (propondo o estabelecimento de um organismo, o *Digital Property Trust*, para regular problemas resultantes da “propriedade digital”, como sejam o acesso público à informação e o tratamento de conflitos em matéria

ilícitos (814).

Apesar desta liberdade deixada aos Estados-membros, a anotação ao art. 3.º não deixa dúvidas de que: “A lista de actividades proibidas baseia-se principalmente no Princípio 1 da Recomendação R(91)14 do Conselho da Europa. Esta recomendação estabelece uma clara distinção entre a posse para finalidades *comerciais* e privadas: a primeira é declarada ilegal, ao contrário da segunda. Além disso, em vários Estados-membros, a protecção jurídica dos serviços cifrados é assegurada por uma regulamentação geral relativa à ‘defesa da concorrência’ que abrange apenas as actividades *comerciais*: a legislação neste domínio só é aplicável às actividades realizadas na esfera comercial. Atendendo à necessidade de respeitar o princípio da proporcionalidade consignado no art. 3.º-B do Tratado CE, que prevê que a acção da Comunidade não deve exceder o necessário para prosseguir o objectivo visado, a proposta de directiva segue o estabelecido pela Recomendação do Conselho da Europa quanto a este aspecto. No que se refere à al. *b*), a directiva vai[] mais longe do que quanto a este aspecto, mas inspira-se no mesmo princípio: sanciona as actividades *comerciais* que favorecem a recepção não autorizada, e não a recepção não autorizada em si mesma” (815).

A protecção jurídica dos serviços de acesso condicional destina-se a acautelar interesses de diversos intervenientes no processo em razão do acesso não autorizado ao serviço: 1.º os fornecedores do serviço, contra a perda de receitas provenientes de assinaturas que lhe seriam devidas; 2.º o fornecedor do acesso condicional, contra os prejuízos decorrentes de substituições de mecanismos de acesso condicional; 3.º o fornecedor do conteúdo, contra os prejuízos financeiros indirectos decorrentes, uma vez que “o montante pago aos titulares dos direitos de autor tomam geralmente em consideração os potenciais índices de audiência, a recepção priva-os do rendimento que teriam normalmente auferido com base nas assinaturas que deveriam ser pagas”; 4.º o consumidor, uma vez que os prejuízos sofridos pelo fornecedor do serviço traduzir-se-ão no aumento dos preços de utilização dos seus serviços e dispositivos, para além da fraude a nível do consumo em razão da origem enganosa do dispositivo pirata, pois que se o fornecedor modificar o sistema de acesso condicional o dispositivo adquirido deixará de ter qualquer utilidade para o consumidor.

Além disso, considera-se que uma das razões que justificam a necessidade

de interoperabilidade e patentes que possam impedir a abertura generalizada das tecnologias dos “sistemas acreditados”). Utilizando a terminologia “propriedade digital”, *vide* Harris,

desta directiva prende-se com a circunstância de que “nalguns membros, não existe qualquer regulamentação que sancione a recepção ilícita de serviços fornecidos com base num acesso condicional. Neste contexto, é de observar que a Directiva relativa à radiodifusão por satélite e a retransmissão por cabo de obras protegidas, não facilita o combate à recepção ilícita por parte dos operadores. Tal deve-se ao facto de a recepção não constituir um ‘acto’ relevante ao abrigo dos direitos de autor, que normalmente abrangem a comunicação e não a recepção” (816).

6. Ora, como veremos, os “novos” contornos do direito de autor foram desenhados em função deste paradigma do acesso condicional, quer no que respeita ao conteúdo dos direitos (a transmissão digital interactiva), quer no que respeita à suas formas de protecção (proibição de produção e distribuição de dispositivos que tenham por finalidade neutralizar, suprimir ou contornar sistemas técnicos de protecção). Estes sistemas tornam possível ou pelo menos facilitam a prática de baixos custos de transacções relativos aos conteúdos digitais disseminados na WWW, permitindo o surgimento de novos mercados para estes conteúdos no quadro destes serviços.

Todavia, as tecnologias dos “sistemas acreditados” colocam algumas questões que afectam o interesse geral, incluindo o princípio da democracia (817). Com efeito, uma dimensão importante do direito de autor, ainda que por vezes subestimada, é a promoção do interesse público, permitindo, por ex., que os jornais e os organismos de radiodifusão cite obras protegidas e produzam comentários críticos sobre as ideias contidas nessas obras, informando, nessa medida, a comunidade e gerando o debate público sobre questões de importância pública. Se é verdade que há exemplos históricos de utilização do direito de autor para fins de censura política, não é menos verdade que “o direito de autor elaborado de acordo com o paradigma democrático promoveria o pluralismo expressivo e a diversidade, não apenas sustentando um sector expressivo independente, mas também impondo limites ao controlo proprietário sobre obras culturais. Essa imposição de limites deve ser vista como uma parte vital e integral da função estrutural do direito de autor” (818).

Digital Property, 1998.

(809) Lessig, Stanford 1997, p. 1408.

(810) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 214.

(811) Sobre as noções de *shareware* e *freeware*, v. Guilleux, DIT 1/1997, p. 12 s.

Também por isso se deverá entender que “assim como não há que falar de uma propriedade absoluta, também é deslocado partir do pressuposto de um direito de autor ilimitado” (819). Sendo que o limite crucial do direito de autor prende-se com o livre fluxo da informação, em ordem à promoção da ciência, da investigação, da educação, do acesso público à informação e, em última análise, da própria democracia. Ora, sendo o direito de autor uma forma de apropriação de informação, constitui um desvio ao princípio do livre fluxo de informação. Na verdade, “numa sociedade livre de um princípio fundamental decorre, que a liberdade de transmissão de informação subsiste” (820).

Este princípio não parece obstar a que os titulares de direitos de autor não sejam proibidos de tapar o acesso às suas obras, utilizando a tecnologia para as proteger. Mas, ao mesmo tempo, também não deveriam poder impedir terceiros de contornar as suas barreiras tecnológicas para a prática de actos cuja licitude não depende de autorização do titular de direitos. De outro modo, o mero acto de codificação tecnológica da obra através de aplicações criptográficas e da estenografia “atribuiria magicamente aos titulares de direitos mais poderes contra o público em geral do que aqueles que os direitos de autor concedem” (821).

Como veremos, a Proposta comunitária procura encontrar um equilíbrio entre as obrigações decorrentes dos novos Tratados OMPI no que respeita à protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção e de informação para gestão de direitos e, ao mesmo tempo, a preservação de um grau apropriado de acesso público à informação tecnicamente protegida. A importância desse equilíbrio manifesta-se tanto em sede de acesso do público à informação, como no que respeita à obtenção de informações tecnológicas mediante descompilação de programas de computador necessárias à interoperabilidade de sistemas informáticos e de dados.

Todavia, a Proposta pretende proteger todos os titulares de direitos, incluindo o direito *sui generis* relativo ao conteúdo das bases de dados, com as medidas de proibição de produção e distribuição de dispositivos de

(812) Stewart, *International Copyright*, p. 185.

(813) Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 84-5; v., ainda, por ex., Cohen, Columbia LR 1995, p. 1091 s.; Kuner, NJW-CoR 1995, p. 413 s.; Samuelson, Wired 1996, p. 135 s.; Laddie, Vinje, EIPR 1996, p. 253 s., p. 431 s.

(814) Cfr. Directiva Serviços de Acesso Condicional, Proposta, p. 4, 14-5 (v. cons. 15, arts. 1.º e 3.º)

(815) Cfr. Directiva Serviços de Acesso Condicional, Proposta, p. 16 (anot. art. 3.º).

contornamento de sistemas técnicos de protecção. O que, tendo em conta os contornos enigmáticos do direito *sui generis*, que pressupõe um juízo de avaliação qualitativa e quantitativa, será difícil determinar *a priori* quais os dispositivos que os utilizadores poderão obter no mercado para exercerem os direitos de acesso e utilização de conteúdos de bases de dados. Sabendo que, por bases de dados entende-se “uma colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros” (822).

Por outro lado, a Proposta, embora ressalve a faculdade de descompilação de programas de computador em face da proibição de actividades que permitam ou facilitem a neutralização da protecção técnica proporcionada por medidas de carácter tecnológico, limita-se, apenas, a declarar que deve ser encorajada a compatibilidade e a interoperabilidade dos diferentes sistemas técnicos de identificação, e que é conveniente incentivar o desenvolvimento de sistemas globais, nada parecendo dizer em matéria de interoperabilidade de dados (823).

7. O sentido e alcance do processo de digitalização do direito de autor só poderão ser adequadamente compreendidos depois de uma análise dos regimes instituídos, o que faremos na Parte III. Será importante referir que, neste processo de adaptação do direito de autor ao novo paradigma, foi proposta a constituição de novos direitos exclusivos para dar cobertura a estas novas possibilidades da técnica (direitos de transmissão, de digitalização, de distribuição electrónica, de difusão digital, de importação, de extracção, de controlar todas as explorações da obra, de a tornar acessível ao público, etc.). Todavia, ao invés da introdução de novas figuras no conteúdo principal dos direitos optou-se pela reconstituição analógica dos existentes.

Na verdade, se fosse possível viajar não apenas matematicamente no tempo, então poderíamos ir até ao dia 4 de Junho de 1996, Amesterdão; e, se pudéssemos comparar o que disse então Ficsor (OMPI) sobre os últimos desenvolvimentos relativos ao Protocolo à Convenção de Berna e ao Novo Instrumento, com o que viriam a ser as regras internacionais aprovadas pelos novos Tratados OMPI, então poderíamos concluir que os Delegados à

(816) Directiva Serviços de Acesso Condicional, Proposta, p. 10-11.

(817) Cfr. Samuelson, *Role of Copyright*, p. 34.

(818) Netanel, Yale LJ 1996, p. 362.

(819) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 212.

(820) Zöllner, *Informationsordnung und Recht*, p. 29.

(821) Cohen, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 161.

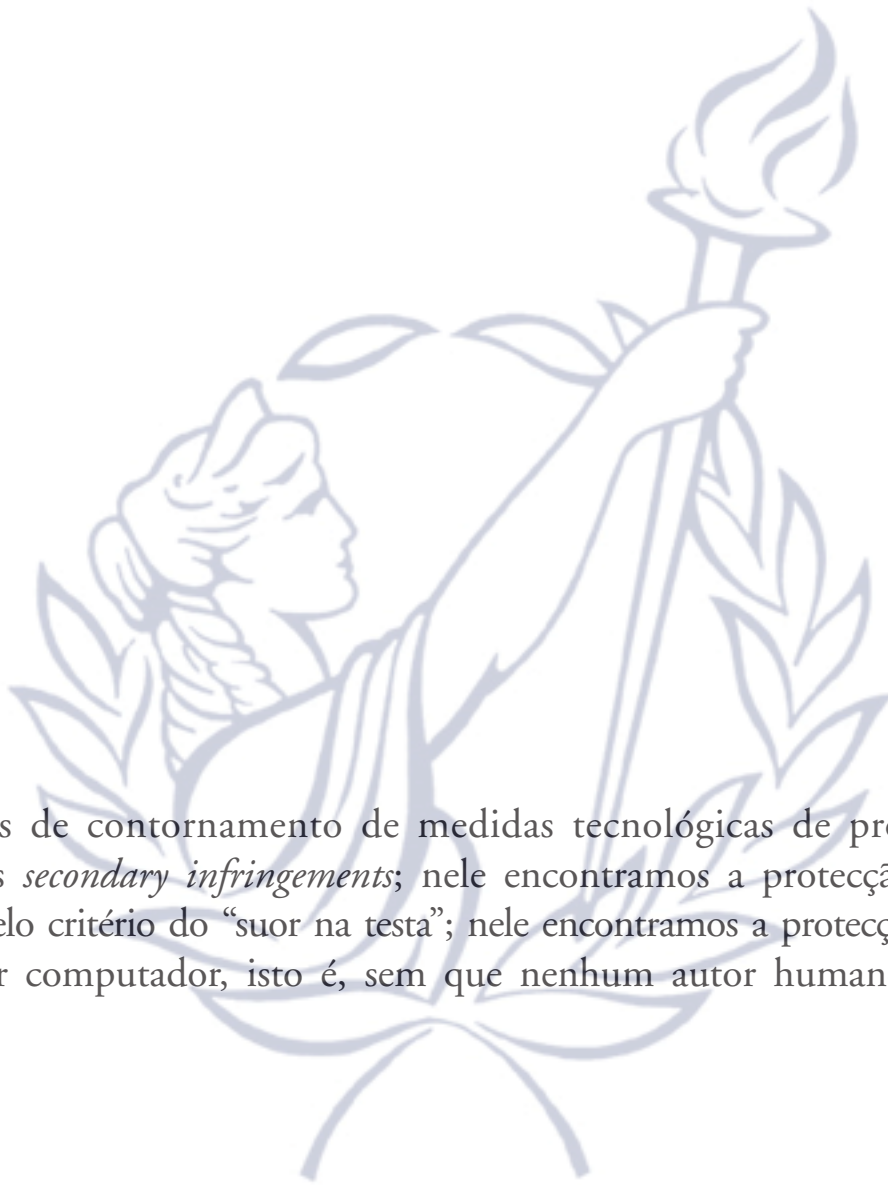
Conferência de Genebra (Dezembro, 1996) parecem não ter esquecido “a verdade básica tão eloquentemente expressa por Wolfgang Goethe no seu *Faust*: ‘Es erben sich Gesetze und Rechte, wie eine ewige Krankheit fort’; ‘Her damos leis e direitos como uma doença eterna’. Não nos podemos ver livres do passado. Não podemos negligenciar que há certos direitos incluídos na Convenção de Berna e nas leis nacionais. Não podemos esquecer as implicações *a contrario*. Não podemos esquecer os contratos a cumprir. Portanto deveríamos primeiro — e provavelmente por fim — consignar os direitos existentes” (824).

Por outro lado, boa parte do que será tratado na Parte III tem a ver com as directivas comunitárias sobre programas de computador e bases de dados, e ainda com a Proposta apresentada em finais de 1997 para dar execução a estes novos Tratados. Procuraremos dar uma visão integrada e unitária do modelo que agora se propõe harmonizar em termos gerais e que, a nosso ver, surge em linha de continuidade com a linha traçada no Livro Verde 1988, cujas ideias “não mereceram a atenção que mereciam” (825).

Por causas dessas críticas, a Comissão teve que moderar a sua abordagem demasiado mercantilista, marcada por uma “visão economicista do Direito de Autor” (826). Com efeito, “enquanto o Livro Verde 1988 foi criticado por causa do seu teor favorável à indústria e por isso foi utilizada a expressão não completamente errada do direito de autor europeu sem autor, o programa de trabalho de 1991 carregou o significado de um elevado nível de protecção da propriedade intelectual em toda a Comunidade Europeia” (827).

Não obstante, dez anos depois, todas, ou quase todas, as medidas anunciadas nesse documento tão criticado são hoje lei internacional. Por coincidência ou não, esse polémico Livro surgiu no mesmo ano em que no Reino Unido era adoptada a nova lei do “direito de autor” ou, se quisermos, da *intellectual property*. Assimilando direitos morais em conformidade com a Convenção de Berna (cuja letra, de facto, não proíbe a renúncia a estes direitos, total ou parcial, e cujo espírito originário nem sequer os contemplava), o *Copyright, Designs and Patents Act* (1988) é o texto jurídico precursor do “novo mundo do direito de autor”. Nele encontramos a protecção dos programas de computador, das bases de dados electrónicas e, até, das obras geradas por computador, embora já não as chamadas “Multimediawerke”. Mas nele encontramos já a transmissão electrónica em linha no quadro do direito de tornar acessível ao público, nele encontramos a proibição de

(822) Art. 2.º, 2, Directiva Bases de Dados (v. ainda o art. 7.º, 1, sobre os contornos



dispositivos de contornamento de medidas tecnológicas de protecção no quadro dos *secondary infringements*; nele encontramos a protecção de bases de dados pelo critério do “suor na testa”; nele encontramos a protecção de obras geradas por computador, isto é, sem que nenhum autor humano possa ser designado.

AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

positivos do direito chamado *sui generis*: “direito de o fabricante de uma base de dados proibir a extracção e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo desta, quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo.”).

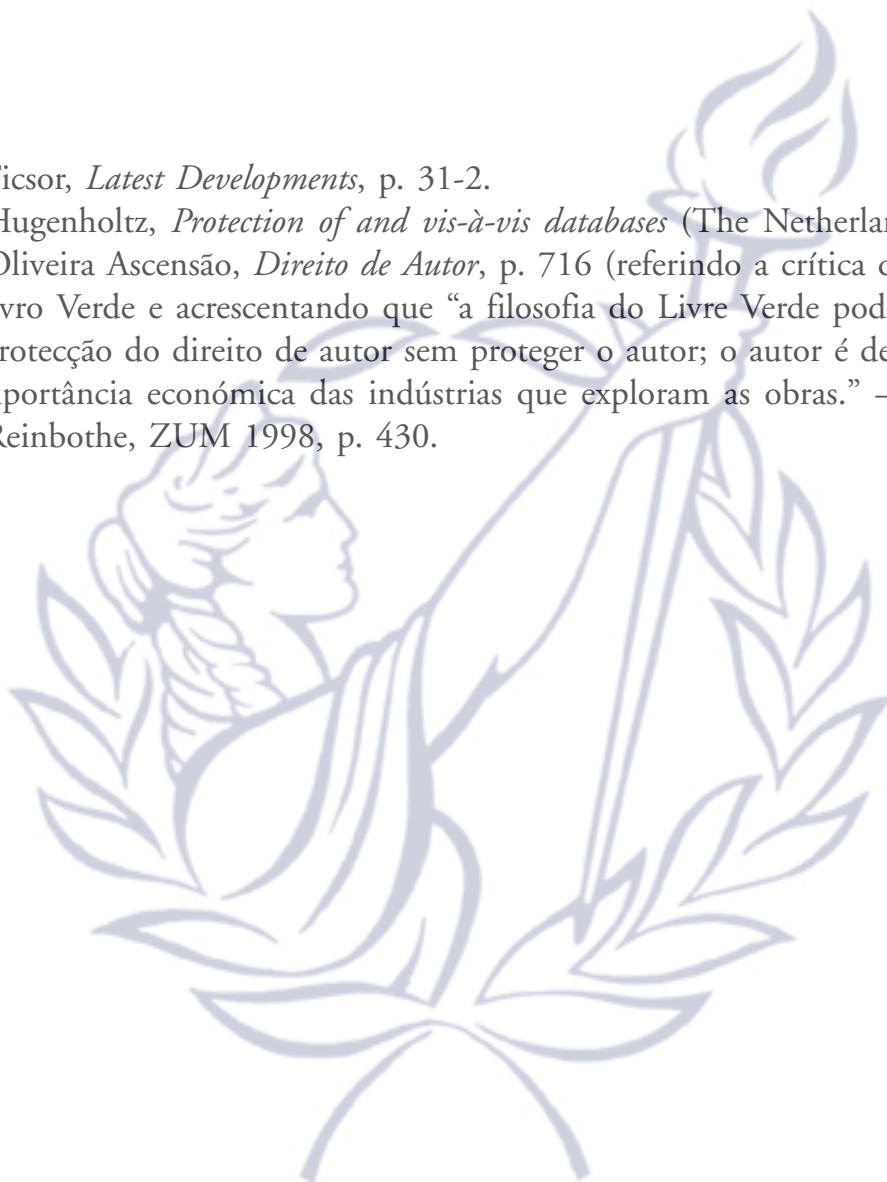
(⁸²³) Cons. 31, 32, Proposta.

(⁸²⁴) Ficsor, *Latest Developments*, p. 31-2.

(⁸²⁵) Hugenholtz, *Protection of and vis-à-vis databases* (The Netherlands), p. 491.

(⁸²⁶) Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 716 (referindo a crítica que Schriker dirigiu ao Livro Verde e acrescentando que “a filosofia do Livro Verde pode ser descrita como a da protecção do direito de autor sem proteger o autor; o autor é desconsiderado perante a importância económica das indústrias que exploram as obras.” — p. 716-7).

(⁸²⁷) Reinbothe, ZUM 1998, p. 430.



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



PARTE III

DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO CIBERESPAÇO

— WWW —

AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



CAPÍTULO 5.º

PROGRAMAS DE COMPUTADOR, BASES DE DADOS ELECTRÓNICAS E DIREITO DE AUTOR EUROPEU

- § 39. Significado e Valor das Directivas
- § 40. Impulsos e Opções
- § 41. Âmbito, Objecto e Requisitos de Protecção
- § 42. Autores e Titulares de Direitos
- § 43. O Silêncio dos Direitos Morais
- § 44. Catálogo de Direitos Patrimoniais
- § 45. Reprodução e Cópia Digital
- § 46. Transformação e Derivados
- § 47. Comunicação ao Público e Interactividade
- § 48. Distribuição e Esgotamento (Comunitário)
- § 49. Excepções, Limites e Arquivos Digitais
- § 50. Temporalidades



§ 39. SIGNIFICADO E VALOR DAS DIRECTIVAS

1. Nesta terceira parte vamos analisar o regime de tutela jurídica de protecção de programas de computador, bases de dados electrónicas e, ainda, de dispositivos tecnológicos de protecção e identificação, no quadro das directivas adoptadas, tendo em conta a Proposta submetida recentemente na sequência dos novos Tratados OMPI.

Dividimos esta parte em dois capítulos, incluindo, por fim, a análise de um grupo de casos previstos *sub legem*. No primeiro, vamos tratar o modo como o legislador comunitário utilizou o direito de autor, *stricto sensu*, para proteger os programas de computador e as bases de dados, analisando regras relativas ao objecto, ao sujeito e ao conteúdo do direito. No segundo, estudaremos certos regimes especiais, que estão para além dos cânones tradicionais do instituto: as regras de descompilação de programas de computador, o direito *sui generis* relativo ao conteúdo das bases de dados, e, ainda, a protecção jurídica de dispositivos tecnológicos de protecção e identificação. Para terminar esta terceira parte, vamos propôr um modelo de solução para um grupo de casos contemplados na nossa ordem jurídica interna, mobilizando grande parte da análise precedente: o problema da apreensão de dispositivos de contornamento de medidas tecnológicas de protecção de programas de computador, *maxime* contra a sua descompilação.

Por outro lado, o propósito que anima esta análise é duplo. Primeiro, saber em que termos se tem processado, a nível comunitário, a adaptação do direito de autor ao novo paradigma tecnológico. Em causa está o acolhimento no seio do direito de autor de criações geradas no ventre da tecnologia informática. Com efeito, os programas de computador e as bases de dados electrónicas constituem elementos essenciais do ambiente digital dos sistemas de informação. Parece ser discernível uma linha de intervenção bi-dimensional, em que não apenas se regulam aspectos do direito de autor *stricto sensu*, mas

também, a propósito disso, se instituem regimes *sui generis*, que desvelam uma lógica empresarial mais próxima da que subjaz, de um modo geral, aos direitos conexos e aos princípios da tutela da concorrência desleal. Segundo, apurar os contornos da concepção, agora proposta, do direito de autor e dos direitos conexos como propriedade intelectual e da sua consideração como fazendo parte do direito de propriedade. Isto é, saber o modo como estará vertida essa fórmula nas medidas de harmonização comunitária já adoptadas e os termos em que se evidencia na Proposta de directiva apresentada na sequência dos novos Tratados OMPI. O tratamento do caso *sub legem supra* referido permitir-nos-á compreender, com rigor, a linha de intervenção normativa que trespassa esta problemática.

2. Refira-se, por outro lado, que a análise das medidas de harmonização comunitária reveste tanto mais importância quanto se considerar o valor do direito comunitário, em especial das directivas. Está fora do âmbito do nosso trabalho saber se o processo de integração comunitária com a instituição da cidadania da União Europeia não deverá significar, conseqüentemente, a afirmação da autoria europeia, isto é, do autor europeu. Interessa-nos apenas considerar o valor jurídico do direito comunitário, *maxime* das directivas, considerando-se, a nosso ver, que “as medidas de harmonização comunitária devem respeitar as tradições nacionais [e que] na Europa existem diferentes concepções do direito de autor”⁽⁸²⁸⁾.

Por outras palavras, embora seja sustentável, em nossa opinião, a construção de um direito de autor europeu baseado, desde logo, na cidadania europeia⁽⁸²⁹⁾, não é esse o objectivo do nosso estudo, que se destina apenas

⁽⁸²⁸⁾ Neste sentido, Benabou, *Droits d'auteur*, p. 520. *European Perspectives*, p. 86.

⁽⁸²⁹⁾ Não estamos, aliás, desacompanhados nesta ideia, tendo sido já sustentado entre nós, em termos próximos, que “a definição do princípio da territorialidade (que domina a protecção do direito de autor) deve ser revista ou, não o sendo, deve a Comunidade promover uma solução que no fundo venha a dar alguma relevância prática à noção recente de cidadania europeia, i.é, uma solução que fale de ‘território europeu’” (Maria M. Veloso, *A encomenda de obra intelectual*, p. 41). Note-se, por outro lado, no que respeita aos direitos fundamentais, o critério de que “o Tribunal [TJCE] está obrigado a inspirar-se nas tradições constitucionais comuns dos Estados-membros” [caso 4/73, 14-5-1974 (*Nold*), ECR 1974, p. 491] e o princípio segundo o qual as convenções internacionais, *maxime* a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, “podem fornecer linhas orientadoras que deverão ser seguidas no quadro do direito comunitário” [caso 4/73, 13-12-1979 (*Hauer*), ECR 1979, p. 3727]; com efeito, quer aquele critério, quer este princípio, poderão ambos servir de base jurisprudencial no sentido da ligação do direito

a analisar os termos em que a nível comunitário tem sido configurado o direito de autor (e os direitos conexos). Nessa medida, interessa saber, desde logo, o significado e valor do direito comunitário, em especial das medidas de harmonização, em que se destaca a adopção de diversas directivas.

Ora, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a “Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional em favor da qual os Estados limitaram os seus poderes soberanos, ainda que em áreas limitadas”⁽⁸³⁰⁾. Na sua relação com as ordens jurídicas internas dos Estados-membros, o Tribunal firmou os princípios da supremacia do direito comunitário face ao direito nacional e da sua precedência em face dos tribunais nacionais⁽⁸³¹⁾. Sendo que na implementação da legislação comunitária estarão os Estados-membros vinculados por um “princípio da lealdade à Comunidade”⁽⁸³²⁾.

Depois, no quadro dos instrumentos de legislação comunitária, as directivas, ao contrário dos regulamentos, não gozam de aplicabilidade directa, no sentido de que requerem uma “forma especial de recepção” posterior da

de autor a nível comunitário à liberdade de criação cultural, que, em harmonia, deverá ser reconhecida a todos os cidadãos da União Europeia nos termos do Tratado de Amesterdão.

⁽⁸³⁰⁾ Caso 26/62, 5-2-1963 (*van Gend en Loos v. Nederlandse*), ECR 1963, p. 8; v., ainda, por ex., caso 143/83, 30-1-1985 (*Commission v. Denmark*), ECR 1985, p. 427. Sobre o princípio dos poderes atribuídos, exclusivos ou concorrentes, v. Lenaerts, AJCL 1990, p. 224-30.

⁽⁸³¹⁾ Caso 6/64, 15-7-1964 (*Costa v. Enel*), ECR 1964; caso 14/48, 13-2-1969 (*Wilhelm v. Bundeskartellamt*), ECR 1969, p. 1; caso 106/77, 9-3-1978 (*Simmmenthal*), ECR 1978, p. 629; caso C-213/89, 19-6-1990 (*Factortame*), Rec. 1990, p. 2434. A reacção dos Estados-membros a esta jurisprudência comunitária permitiu afirmar o princípio da “supremacia absoluta sobre o direito nacional” (Hartley, *Foundations*, p. 219, com mais referências sobre a problemática monismo v. dualismo; v., ainda, Caseiro Alves, RDE 1983, p. 215 s.; Mota Campos, *Direito Comunitário*, II, p. 228 s.). Esta supremacia traduz-se na precedência da aplicação das normas comunitárias sobre as normas nacionais conflitantes (v. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 916, em nota); porém, não deverá entender-se como prevalência sobre a Constituição: “Como quer que seja concebida a prevalência do ‘direito supranacional’ sobre o direito ordinário interno, é seguro, porém, que aquele *não pode prevalecer sobre a Constituição*, antes tem de ceder perante ela [...], *qualquer que seja a natureza ou a origem da norma..*” (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição Anotada*, p. 90).

⁽⁸³²⁾ Kapteyn/Themaat, *Introduction*, p. 86; *inter alia*, v. caso 199/82, 9-11-1983 (*San Giorgio*), ECR 1983, p. 3595; caso C-217/88, 10-7-1990 (*Commission v. Germany*), Rec. 1990, p. 2879.

parte dos Estados-membros, que se traduz na sua transposição para as respectivas ordens jurídicas internas ⁽⁸³³⁾. Além disso, as directivas vinculam quanto ao resultado a ser alcançado, isto é, impõem aos Estados-membros uma obrigação de resultado ⁽⁸³⁴⁾. Mas, não é absoluta a liberdade de meios deixada aos Estados-membros na transposição das directivas para as respectivas ordens jurídicas internas, antes sendo vinculada ao resultado visado pela directiva, pois que segundo a jurisprudência do TJCE, “a escolha deixada aos Estados-membros relativamente à forma das medidas e dos métodos utilizados na sua adopção pelas autoridades nacionais depende do resultado que o Conselho ou a Comissão visam alcançar” ⁽⁸³⁵⁾.

Um outro princípio jurisprudencial a ter em conta nesta matéria é a possibilidade de as directivas terem efeito directo (vertical) após o decurso do período de transposição, não podendo a autoridade pública nacional prevalecer-se da sua não transposição ⁽⁸³⁶⁾. A isto acresce o princípio da

⁽⁸³³⁾ Moura Ramos, *Das Comunidades à União Europeia*, p. 96. Esta orientação é afirmada pelos constitucionalistas, sustentando-se que “só existe direito que se imponha directamente aos cidadãos dos Estados-membros, se estes se obrigaram a isso, ao constituírem ou aderirem à organização, ou seja, *desde que e até ao ponto em que o tratado constitutivo da organização [internacional] preveja tal poder normativo*. Assim por exemplo, no caso da CEE, só terão cobertura constitucional (além do próprio Tratado de Roma e dos tratados que o alteraram, claro está) os *regulamentos* comunitários, previstos no art. 189.º do Tratado, mas já não, em princípio, as *directivas*, igualmente previstas nesse lugar.” (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição Anotada*, p. 89; v., ainda, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 914; Jorge Miranda, *Manual*, III, p. 423 s.).

⁽⁸³⁴⁾ Em comparação, quanto às recomendações, segundo a interpretação jurisprudencial firmada a nível comunitário, “os tribunais nacionais são obrigados a tomar em consideração as recomendações em ordem a decidir controvérsias que lhes tenham sido submetidas, particularmente quando clarificam a interpretação das medidas nacionais adoptadas com vista a implementar essas recomendações ou quando se destinam a complementar disposições comunitárias vinculantes” [caso C-322/88, 13-12-1989 (*Grimaldi*), Rec. 1989, p. 4421].

⁽⁸³⁵⁾ Caso 38/77, 23-11-1977 (*Enka*), Rec. 1977, p. 2212; considerando que o prazo é uma obrigação de resultado, v. Caso 102/79, 6-5-1980 (*Commission v. Belgium*), Rec. 1980, p. 1483.

⁽⁸³⁶⁾ Vide caso 148/78, 5-4-1979 (*Tullio Ratti*), ECR 1979, p. 1629; caso 152/84, 26-2-1986 (*Marshall*), ECR 1986, p. 723; Caso 22/84, 15-5-1986 (*Johnson*), ECR 1986, p. 1651; caso C-188/89, 12-7-1990 (*Foster*), Rec. 1990, p. 3344. Sobre os requisitos do efeito directo das normas comunitárias (clareza, precisão e preceptividade, suficiência e completude, incondicionalidade, e aptidão para a criação de direitos subjectivos para os particulares) v., entre nós, por ex., Mota Campos, *Direito Comunitário*, II, p. 249 s.;

responsabilidade do Estado-membro por danos causados a indivíduos pela não transposição ou deficiente transposição das directivas⁽⁸³⁷⁾. De extrema importância quanto ao valor jurídico das directivas é, ainda, o princípio da interpretação da lei nacional segundo a letra e o espírito da directiva. Nas palavras do Tribunal de Justiça, “na aplicação da lei nacional [...] os tribunais nacionais devem interpretar as suas leis nacionais à luz da letra e do fim da directiva em ordem a alcançar o resultado referido no número 3 do art. 189. [...] Compete ao tribunal nacional interpretar e aplicar a legislação adoptada na transposição da directiva em conformidade com os requisitos do direito comunitário, na medida em que o possa fazer segundo a lei nacional”⁽⁸³⁸⁾. Posteriormente o critério foi reafirmado em termos de a interpretação da lei nacional segundo a directiva dever ser feita em conformidade com resultado visado por aquela⁽⁸³⁹⁾.

3. A consideração destes princípios sobre o valor jurídico das directivas justifica, a nosso ver, que seja dedicada especial atenção ao regime jurídico instituído pelas Directivas sobre programas de computador e bases de dados, considerando, ainda, a recente Proposta em matéria de direito de autor e direitos conexos, apresentada na sequência dos novos Tratados OMPI. Tanto mais que estas medidas comunitárias adaptam o instituto ao novo paradigma tecnológico, propondo, agora, a propriedade intelectual e o direito de propriedade como modelo jurídico-conceptual destes direitos⁽⁸⁴⁰⁾.

quanto ao seu alcance, segundo a melhor doutrina sufragada pela nossa jurisprudência, tratar-se-á apenas de efeito directo vertical, isto é, os particulares apenas poderão invocar num tribunal nacional os seus direitos conferidos pela norma comunitária com efeito directo contra qualquer autoridade pública (v. Moitinho de Almeida, *Direito Comunitário*, p. 78, Moura Ramos, *Das Comunidades à União Europeia*, p. 97; v., ainda, Ac. Rel. Coimbra, 30-7-1996, BMJ n.º 360, p. 307, Ac. STA, 1-4-1993, BMJ n.º 426, p. 296; Ac. Rel. Lisboa, 7-12-1995, CJ XX, V, p. 143; Ac. STJ, 1-10-1996, BMJ n.º 460, p. 313).

⁽⁸³⁷⁾ Caso C-6,9/90 (*Francovich*), CMLR 1992, p. 557.

⁽⁸³⁸⁾ Caso 14/83, 10-4-1984 (*Sabine*), ECR 1984, p. 1909.

⁽⁸³⁹⁾ Caso C-106/89, 13-11-1990 (*Marleasing*), Rec. 1990, I, p. 4157.

⁽⁸⁴⁰⁾ Como referências bibliográficas, entre numerosas obras e autores, v., em especial: sobre a Directiva Programas de Computador, Franceschelli, RDI 1991, p. 169; Lehmann, NJW 1991, p. 2112, GRUR Int. 1991, p. 327; DIT 4/1991, p. 7; Vivant, JCP 1991, p. 485; Dreier, CR 1991, p. 577, EIPR 1991, p. 319; Moritz, GRUR Int. 1991, p. 697; Vinje, GRUR Int. 1992, p. 250, DIT 2/1992, p. 13; Voss, CLJ 1992, p. 441; Zeno-Zencovich, DII 1992, p. 25; Foglia, Foro 1993, p. 307; Moura e Silva, DJ 1993, p. 253; Cassottana, CI 1993, p. 1239; Lehmann, *Richtlinie*, p. 1; Meijboom, *Software*

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

Um outro aspecto de alcance geral e que se prende particularmente com o horizonte conceptual de destinação das medidas de harmonização comunitária que vamos analisar, diz respeito à dicotomia entre *droit d'auteur* e *copyright*, isto é, às duas concepções dominantes no quadro europeu (e internacional). Sendo que as directivas consagram, em regra, soluções de compromisso entre estas duas concepções fundamentais do instituto. Com efeito, em ordem a respeitar a diversidade da tradição jurídica de cada Estado-membro, as soluções do legislador comunitário reflectem, invariavelmente, um compromisso entre estas duas concepções. Em causa estão pontos tão importantes como, por ex., a noção de obra e de autor, a atribuição da titularidade originária do *copyright* a pessoa diferente do criador da obra, a alienabilidade dos direitos de autor, a amplitude do conceito de reprodução da obra, e o problema dos limites e das excepções. Assim, deveremos ter em mente a análise comparativa dos traços mais nítidos que, na actualidade, estas duas concepções imprimem à figura do direito de autor; análise essa que esboçámos já após a referência aos princípios fundamentais da Convenção de Berna revista.

Directive, p. 1; Goldstein, *EC Directive*, p. 199; Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador*, p. 341 s.; e o texto que preparámos, *Contratos de 'software'*, p. 42 s.; sobre a Directiva Bases de Dados, Mallet-Poujol, *DIT* 1/1996, p. 6, *RIDA* 1996, p. 93; Lehmann, *NJW-CoR* 1996, p. 249; Pollaud-Dulian, *D.* 1996, p. 539; Wiebe, *CR* 1996, p. 198; Weber, *UFITA* 1996, p. 5; Flechsig, *ZUM* 1997, p. 577; Berger, *GRUR* 1997, p. 169; Guglielmetti, *CI* 1997, p. 177; Koumantos, *RIDA* 1997, p. 79; Poggetto, *CI* 1997, p. 343; Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*, p. 435 s.; sobre os Tratados OMPI, Ficsor, Spoor, Lucas, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 29, p. 41, p. 343; Gaster/Lewinski, *ZUM* 1997, p. 607; Françon, *RIDA* 1997, p. 3; Fraser, *JCInfl* 1997, p. 759; Davies, *CoL* 1997, p. 45; Koch, *GRUR* 1997, p. 417; Fabiani, Ercolani, *Dd'A* 1997, p. 1, p. 145; Reinbothe/Martin-Prat/Lewinski, *Milé*, *EIPR* 1997, p. 171, p. 570; Vinje, *EIPR* 1997, p. 230, *DIT* 4/1997, p. 52; Bechtold, *GRUR* 1998, p. 18; sobre a Proposta de Directiva, Flechsig, Reinbothe, Dietz, *ZUM* 1998, p. 139, p. 429, p. 438.

§ 40. IMPULSOS E OPÇÕES

1. Em consonância com o Acordo ADPIC, o novo Tratado OMPI sobre direito de autor prescreve, expressamente, a protecção pelo direito de autor dos programas de computador e das bases de dados ⁽⁸⁴¹⁾. São duas espécies de obras de engenho que integram os sistemas electrónicos de informação e cujos regimes jurídicos foram harmonizados pelo legislador comunitário com a adopção da Directiva Programas de Computador (DPC) e da Directiva Bases de Dados (DBD).

Estas duas directivas são animadas, ao nível do impulso legislativo, pelo propósito primário da criação de um mercado comum, em harmonia com entendimento jurisprudencial de que “o conceito de um mercado comum, tal como definido pelo Tribunal numa série de decisões, envolve a eliminação de todos os obstáculos ao comércio intra-comunitário em ordem à fusão dos mercados nacionais num mercado único, gerando condições tão próximas quanto possível das de um mercado interno genuíno” ⁽⁸⁴²⁾.

Assim, as directivas visam eliminar e prevenir os efeitos directos negativos do funcionamento do mercado comum resultantes da insuficiência, falta de clareza e diversidade crescente da protecção jurídica dos programas de computador e das bases de dados nos Estados-membros ⁽⁸⁴³⁾. Efeitos esses

AB VNO AD OMNES

⁽⁸⁴¹⁾ Acordo ADPIC (art. 10.º), Tratado OMPI sobre direito de autor (arts. 4 e 5). A confirmar a sua excepcional importância na actualidade, os programas de computador e as bases de dados são previstos, expressamente, como objecto de protecção no capítulo respeitante ao direito de autor do Acordo NAFTA (v. art. 1705, 1(a)(b)) e, ainda, no regime comum sobre direito de autor e direitos conexos aprovado no âmbito do Acordo de Cartagena, sendo-lhes aí dedicado um capítulo autónomo (v. art. 4.º, I e II) e arts. 23.º a 28.º).

⁽⁸⁴²⁾ Caso 15/81, 5-5-1992 (*Schul*), ECR 1982, p. 1431-2. Sobre a jurisprudência comunitária relativa aos princípios fundamentais do mercado comum (livre circulação de pessoas, capitais e mercadorias e a livre prestação de serviços, a liberdade de concorrência, a igualdade ou não discriminação, e a solidariedade), v., *inter alia*, caso 24/68, 1-7-1969 (*Commission v. Italy*), ECR 1969, p. 1963; caso 168/78, 27-2-1980 (*Commission v. France*), ECR 1980, p. 347; caso 46/80, 14-1-1981 (*Vinal*), ECR 1981, p. 77; caso 804/79, 5-5-1981 (*Comission v. UK*), ECR 1981, p. 1045; caso 186/87, 2-2.-1989 (*Cowan*), ECR 1989, p. 216; caso 215/87, 7-3-1989 (*Schumacher*), CMLR 1990, p. 465.

⁽⁸⁴³⁾ Para uma primeira análise do estado da situação nos diversos Estados-membros e no plano internacional, v. Livro Verde 1988, p. 164-197 (Cap. V: Programas de Computador), p. 198-211 (Cap. 6: Bases de Dados).

Refira-se em relação aos programas de computador, que a orientação comunitária

que são agravados por diversos factores, considerados ao nível do impulso legislativo, como sejam o contraste entre o investimento de recursos humanos,

adoptada não conflituava com as soluções legislativas que já antes diversos Estados-membros tinham consagrado no sentido de atribuir tutela pelo direito de autor, *tout court* ou com certas regras especiais, aos programas de computador: a Alemanha, com a “Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts”, de 24 de Junho de 1985; a França (não obstante não qualificar o *logiciel* como obra literária) com a “Loi n. 85-660 du 3 juillet 1985, relative aux droits d’auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle”; o Reino Unido com o “Copyright (Computer Software) Amendment Act” de 16 de Julho de 1985; a Espanha com a “Ley n. 22 de 11 de noviembre de 1987 sobre propiedad intelectual”; a Dinamarca com a Lei n. 378 de 7 de Junho de 1989. Adopção de idêntica legislação estava prevista noutros Estados-membros como a Itália (v. Alpa, DInfT 2/1990, p. 11 ss.; a Corte Suprema, na decisão n.º 1956, de 6 de Fevereiro de 1987, pronunciara-se no sentido de que “il software è opera dell’ingegno sia civilmente che penalmente sotto il profilo del diritto d’aureo”: RDI 1987 II, p. 304), os Países-Baixos e a Irlanda, sendo essa também a intenção manifestada pelos Governos da Bélgica e do Luxemburgo. Entre nós, nesta linha, e apesar da menção expressa aos programas de computador que constava do projecto final do CDADC ter sido suprimida aquando da aprovação deste, escrevia, em 1985, Luiz Francisco Rebello, atento o carácter exemplificativo da enumeração constante do art. 2.º daquele Código: “o chamado *software* é, essencialmente, uma criação do espírito, susceptível de ser abrangida na protecção legal do direito de autor” (*Código Anotado*, p. 48).

Por outro lado, nesse sentido, e em conformidade também com as orientações revistas da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (as *WIPO Model Provisions*), muitos outros países modificaram as suas legislações relativas ao direito de autor, como sejam, por exemplo, os EUA com a “Public Law 96-517 de 12 de Dezembro de 1980 (“Computer Software Amendment Act”), a Hungria, com o Decreto n 15, de 12 de Julho de 1983 (seguido pelo Decreto n. 18 de 24 de Agosto de 1988), a Austrália com o “Copyright Amendment Act” de 15 de Junho de 1984, o Japão com a Lei n. 62 de 14 de Junho de 1985 (modificando a Lei n. 48 de 1970 sobre o direito de autor: “Chosakuken-ho”), o Canadá com o “Copyright Amendment Act” de 8 de Junho de 1988, Israel com o “Copyright Ordinance Amendment (n. 5) Act” de 26 de Julho 1988, Angola com a Lei n.º 4/90, de 10 de Março. A Bulgária, porém, terá adoptado um regime jurídico *sui generis* (v. Vivant, *Lamy droit informatique*, n.º 835).

Além disso, de um modo geral, os Estados-membros transpuseram a Directiva Programas de Computador alterando as suas leis sobre o direito de autor, em detrimento de um regime jurídico especial ou *sui generis*, mesmo os que ainda não consagravam legislativamente a protecção dos programas de computador pelo direito de autor, como, por exemplo, a Itália, apesar das vozes críticas na doutrina. Para uma primeira abordagem sobre as leis nacionais de transposição, v., por ex., Lehmann, CR 1992, p. 324; Dietz, RIDA 1993, p. 183; Steckler, EIPR 1994, p. 293; Raubenheimer, CR 1994, p. 69;

técnicos e financeiros consideráveis, exigidos para o desenvolvimento dos programas de computador, e o baixo custo da sua reprodução, bem como, ainda, a crescente importância do papel das tecnologias dos programas de computador no desenvolvimento da indústria.

De igual modo, o legislador comunitário pretendeu criar uma base jurídica harmonizada que, tendo em conta a dimensão internacional das bases de dados, fosse adequada ao desenvolvimento de um mercado da informação na Comunidade. As bases de dados são qualificadas como “um instrumento vital no desenvolvimento de um mercado da informação a nível da Comunidade” — cuja utilidade é reconhecida, ainda, em muitos outros domínios —, sendo instituído, nessa medida, a harmonização jurídica considerada necessária ao desenvolvimento de um mercado da informação na Comunidade, que assegura, nomeadamente, a liberdade de fornecimento de produtos e serviços de bases de dados em linha ⁽⁸⁴⁴⁾.

Note-se, a propósito da Directiva Bases de Dados, que a sua importância tem sido salientada pela Comissão, como constituindo a base ou o pilar da protecção no novo ambiente tecnológico. Na verdade: “Este texto reveste-se de um grande alcance na medida em que constituirá a base de qualquer iniciativa futura complementar sobre os aspectos do direito de autor e dos direitos conexos relacionados com a Sociedade da Informação” ⁽⁸⁴⁵⁾. Em reforço desta importância atribuída a esta directiva, considera-se, ainda, que “dado que os novos serviços serão, na sua maioria, operados a partir de uma base de dados electrónica disponível através das redes (em linha) ou fora de

Vivant, JCP 1994, p. 434; Fabiani, Ristuccia/Zeno-Zencovich, Rinaldi, DII 1994, p. 161, p. 233, p. 259; Batalla, CL&P 1994, p. 105; *La armonización de propiedad intelectual*, p. 221; Sherwood, CL&P 1993, p. 169; Arnold/Ward, ApCCL 9/1992, p. 2-3; Karageorgin, CL&P 1993, p. 114; Meijboom, CL&P 1992, p. 22; entre nós, Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 713, Lopes Rocha/Pedro Cordeiro, *A protecção jurídica do software*, 1995, o nosso, *Contratos de 'software'*, p. 87 s.; fora do espaço comunitário, entre numerosas obras e autores, v., em termos gerais, Dreier, *Die internationale Entwicklung*, p. 31, e, para uma análise especial de situações nacionais, v. Miller, Harvard LR 1993, p. 978; Nagel/Schuster, CR 1994, p. 133; Sugyama/Kosins, DIT 1/1986, p. 16; Spoor/Vandenbergh, DIT 2/1987, p. 116-7; Barbosa, Dd'A 1988, p. 205; Huges, Rottinger, CL&P 1992, p. 29, 46, 194; Bigelow, Assia, Job, Rahnasto, CL&P 1993, p. 128, 134, 168, 194; Herrera, Dd'A 1991, p. 193; Miyashita, Welch/Anderson, CLJ 1991, p. 41, p. 287; Prins, CLJ 1993, p. 9; Correa, in *Informática y Derecho*, p. 10 s.; Prins, DIT 3/1987, p. 156; Zeno-Zencovich, *Le leggi sulla tutela dei programme*, p. 1 s.).

⁽⁸⁴⁴⁾ Cons. 1 a 4 DPC, e cons. 2, 3 e 9 DBD.

⁽⁸⁴⁵⁾ Livro Verde 1995, p. 32.

rede (CD-ROM, CD-I, etc.), a Directiva Bases de Dados constitui o pilar da protecção da propriedade intelectual no novo ambiente tecnológico” (846).

2. Quanto ao *modus* de prossecução destes objectivos, em ambos os casos o direito de autor foi considerado o instituto jurídico adequado. Todavia, por um lado, ao invés de uma harmonização completa e exaustiva da protecção jurídica dos programas de computador, visa-se, apenas, eliminar e prevenir diferenças de regime que surtem tais efeitos no funcionamento do mercado comum. Nessa medida, o legislador comunitário entendeu que “o enquadramento jurídico comunitário de protecção dos programas de computador pode, por conseguinte, numa primeira fase, limitar-se a determinar que os Estados-membros devem conceder protecção aos programas de computador ao abrigo dos direitos do autor, considerando-os como obras literárias, determinando subsequentemente quem e o que deve ser protegido, os direitos exclusivos que as pessoas protegidas podem invocar para poderem autorizar ou proibir certos actos e qual a duração da protecção” (847).

(846) Seguimento 1996, p. 7.

(847) Cons. 6 DPC. No Livro Verde 1988 considerava-se que “o Instituto Europeu de Patentes reexaminou a sua prática na matéria e adoptou, em 1985, novas directrizes quanto aos processos de exame, que[...] se destinam a garantir que uma invenção[...] possa ser patenteada, mesmo se o objecto da patente incluir um programa informático”; porém, este sistema de protecção tinha determinados inconvenientes, pelo que, ao invés da criação de um direito *sui generis*, optava-se por “uma solução tipo ‘direitos de autor’” já acolhida na maioria dos Estados-membros e dominante na cena internacional, ainda que se reconheça a não protecção, por esta via, dos algoritmos utilizados na escrita do programa (p. 170-6). Todavia, como veremos, as regras da descompilação evidenciam que o direito especial acabou, em certos termos, por ser consagrado, como forma de protecção de certas informações que, enquanto tais, não seriam tuteláveis pelo direito de autor, mais se aproximando dos “segredos de empresa”. Trata-se, na realidade, de um regime que traduz bem a natureza híbrida do *software*, colocando-o a meio caminho entre o direito de autor e o regime da propriedade industrial (v., por ex., Jehoram, RIDA 1992, p. 107 s.).

Refira-se, ainda, que quanto aos programas criados por computador, entendia-se, já então, que a “Comissão inclina-se a pensar que deveria ser o utilizador do computador programado, para todos os efeitos um instrumento, o titular do direito à protecção”, entendendo, relativamente aos direitos morais, que deveria encarar-se a possibilidade de autorizar a cessão contratual dos direitos”; e, curiosamente, considera-se que a “directiva não terá necessariamente de resolver a questão de saber se os programas de computador devem ser protegidos por direitos de autor *stricto sensu* ou por um direito conexo” (Livro Verde 1988, p. 188-9).

(848) Cornish, *Intellectual Property*, p. 460.

Relativamente às bases de dados, o legislador comunitário instituiu expressamente um regime dualista de protecção jurídica das bases de dados, criando “direitos gémeos” (848). Por um lado, elegeu o direito de autor como forma adequada de direitos exclusivos dos autores de bases de dados, em sintonia com a tradição legislativa e jurisprudencial dos Estados-membros. Por outro lado, criou um direito *sui generis* de impedir a extracção e/ou reutilização não autorizadas do conteúdo de uma base de dados, isto é, um direito especial destinado a proteger, em primeira linha, o investimento de recursos humanos, técnicos e financeiros consideráveis exigidos no fabrico de uma base de dados.

Para justificar a instituição deste direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados são aduzidas diversas razões. Primeira, a extracção e/ou reutilização não autorizadas do conteúdo de uma base de dados constituiriam actos com consequências económicas e técnicas potencialmente graves, tanto mais que o custo de copiar ou aceder a essas bases de dados seria muito inferior ao de uma concepção autónoma de uma base de dados. Depois, tratar-se-ia de uma medida adicional considerada necessária em virtude da “ausência de um sistema harmonizado de legislação e jurisprudência sobre concorrência desleal”. Acresce que este direito *sui generis* permitiria a instituição de “um regime jurídico estável e homogéneo” de protecção dos direitos dos fabricantes das bases de dados, capaz de promover na Comunidade “investimentos em sistemas avançados de gestão da informação”, ou seja, “sistemas modernos de armazenamento e tratamento da informação”. Sendo que estes sistemas de informação seriam exigidos em virtude do “aumento exponencial, na Comunidade e a nível mundial, do volume de informações geradas e processadas anualmente em todos os sectores do comércio e da indústria”. Por último, a promoção do investimento em sistemas de informação através deste direito *sui generis* justificar-se-ia, ainda, em razão do grande desequilíbrio então existente entre os níveis de investimento praticados no sector das bases de dados, tanto entre os Estados-membros como entre a Comunidade e os principais países terceiros produtores (849).

3. Refira-se que, na Proposta de Directiva de Bases de Dados este “direito especial” chamava-se “direito de se opor à extracção desleal” e consistia em conceder ao criador da base de dados o poder de “impedir a extracção não

(849) Cons. 5 a 8 e 10 a 12 DBD.

(850) Cons. 29, 12, Proposta alterada de Directiva do Conselho relativa à protecção

autorizada e a reutilização do conteúdo da referida base de dados para fins comerciais”, tendo por escopo a “repressão de actos de pirataria e de concorrência desleal” (850). Seguindo o precedente da protecção jurídica de topografias de produtos semicondutores, a razão de instituir um direito *sui generis* de propriedade intelectual, ao invés de o caracterizar como direito de oposição a actos de extracção desleal, prende-se, ao que parece, com o regime de reciprocidade material instituído (art. 11.º DBD), em ordem a evitar a aplicação do princípio do tratamento nacional, ao qual estaria sujeito se se tratasse de um regime de concorrência desleal *tout court*, em virtude da Convenção de Paris. Isto mesmo parece ser afirmado no Livro Verde 1995, quando se diz que: “O direito *sui generis* pode ser cumulado com outros direitos de protecção existentes, sem prejuízo dos direitos que eventualmente subsistam em relação ao conteúdo. Na medida em que o direito *sui generis* não está abrangido por convenções multilaterais existentes na matéria, não está sujeito à regra do tratamento nacional” (851).

Esta via, porém, não é pacífica, sendo duvidoso que esteja em conformidade com os tratados internacionais. Nas palavras de Cornish: “A Directiva impõe um teste de reciprocidade material para que os países de origem não pertencentes ao EEE [Espaço Económico Europeu] possam beneficiar deste direito *sui generis* (art. 11). Isto tem uma especial ressonância, considerada a paucidade de protecção que presentemente é concedida em face da lei dos EUA. Nada no Acordo ADPIC inibe especificamente esta prerrogativa, uma vez que este Acordo requer apenas que o direito de autor seja atribuído em relação a arranjos originais de bases de dados (art. 10 (2)). Mas o Acordo ADPIC exige o cumprimento das disposições substantivas da Convenção de Paris sobre Propriedade Industrial (art. 2(1)), e o art. 10 *bis* desse venerável tratado requer que a protecção seja concedida contra a concorrência desleal nos termos do princípio do tratamento nacional entre os Estados da União. Poderemos, por isso, estar tão seguros de que a estrita reciprocidade quanto ao direito *sui generis* das bases de dados esteja internacionalmente em

jurídica de bases de dados, COM(92), 464, final, 4-10-1993 (Proposta DBD — para uma análise da proposta e dos trabalhos preparatórios, v. Eduarda Gonçalves, *Direito da informação*, p. 51 s.; v., ainda, Dreier, GRUR Int. 1992, p. 739; Hillig, Röttinger, ZUM 1992, p. 325, 594; Vivant, D. 1995, p. 197 s.; Gaggero, *Protection des Bases de Données*, p. 361; Hoebel, *Der Schutz von elektronischen Datenbanken*, p. 1015).

(851) Livro Verde 1995, p. 32.

(852) Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*, p. 440-1.

(853) Czarnota/Hart, *Legal Protection*, p. 30. Em termos próximos do que faria o

ordem?” (852)

4. Assim, o legislador comunitário, ora protegeu os programas de computador, numa primeira fase, ao abrigo, como se diz, dos direitos de autor, ora instituiu um regime dualista de protecção jurídica das bases de dados, protegendo, respectivamente, os autores pelo direito de autor e os fabricantes através de um direito *sui generis*, promovendo, deste modo, investimentos em sistemas de informação e o desenvolvimento de um mercado da informação na Comunidade.

Em termos gerais, dentro dos vários tópicos em que se decompõem os regimes de protecção jurídica dos programas de computador e das bases de dados, importa analisar, sobretudo, o conteúdo dos direitos instituídos, com especial relevo para certas regras especiais (por ex., as regras da descompilação e medidas especiais de protecção dos programas de computador, o direito *sui generis* nas bases de dados). Não significa isto que os critérios relativos ao âmbito e objecto de protecção, à autoria ou qualidade de autor, e, ainda, à aplicação de outras disposições legais, não sejam também importantes para compreender o modo como o legislador comunitário tem configurado os direitos de autor, justificando por isso que lhes dediquemos alguma atenção.

Porém, uma vez que, em regra, concretiza princípios fundamentais do direito de autor — ainda que com algumas variações de tom —, não é ao nível destas questões que se distingue a “originalidade” do traço normativo do legislador comunitário. Todavia, interessa analisar os termos em que o lançou mão do direito de autor *proprio sensu* para proteger os programas de computador e as bases de dados electrónicas.

§ 41. ÂMBITO, OBJECTO E REQUISITOS DE PROTECÇÃO

1. Para começar, é prescrita a harmonização comunitária da protecção jurídica dos programas de computador através da “concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na acepção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas” (art. 1.º, 1, 1.ª parte, DPC). Na opinião de alguns autores, esta disposição “significa que os programas de computador não devem ser tratados como uma categoria separada de obras,

nosso legislador, a lei belga de transposição da directiva programas de computador, ao invés de ter procedido a alterações à lei do direito de autor, consagrou um regime especial,

ou assimilada de qualquer modo às obras literárias, sem, de facto, serem totalmente admitidos nessa categoria” (853).

Porém, esta “qualificação” como obras de tipo literário não é acompanhada por uma noção de programas de computador, à semelhança, por ex., do UK CPDA 1988, escrevendo-se a propósito que “isto é sensível e pelo menos permite aos tribunais desenvolverem o significado da frase à luz da mudança tecnológica futura. [...] Por vezes pode ser difícil distinguir entre programas e equipamentos, tal como quando o programa de computador está permanentemente incorporado num microprocessador na forma de um ‘microcódigo’ ou ‘microprogramas’” (854).

A importância de definir o que é um programa de computador não significa que seja de esperar que o legislador consagre um compêndio de definições de informática, mas, ao menos, que recorte, pela positiva ou pela negativa, o tipo de situações às quais pretende aplicar o regime que institui, sob pena de este regime não ter objecto. Na verdade, “o exercício de definição não é vão uma vez que — como dissemos — um regime especial liga-se aos suportes lógicos: é preciso por conseguinte saber o que é um suporte lógico” (855).

Porém, não deixa ser problemático que o legislador comunitário não tenha consagrado uma noção de programa de computador, não retomando,

qualificado de *sui generis* (Strowel, RIDA 1995, p. 173 s.), formalmente autónomo, não qualificando os programas de computador como obras literárias: dispõe antes que os programas de computador são protegidos pelo direito de autor e assimilados às obras literárias (Art. 1er. Loi du 30 juin 1994). A razão de ser desta não identidade entre os programas de computador e as obras literárias é apontada pelos AA. Em face da directiva, considerava-se que: “A necessidade de uma protecção do *logiciel* é indiscutível. O que é [discutível] é a escolha do direito de autor. [...] Com os programas informáticos deixamos o domínio estético. A prestação intelectual é essencialmente técnica. Ela é destinada a fazer funcionar máquinas. “ (Berenboom, *Le Nouveau Droit d’Auteur*, p. 217). E, com efeito, este entendimento parece ter informado o legislador belga, uma vez que se comenta a propósito da sua decisão que, “para além do argumento da urgência, considerações de fundo, tendo em conta a natureza particular dos programas de computador, permitem, como se verá, justificar a adopção de um texto separado.” (Strowel/Triaille, *Le droit d’auteur*, p. 139).

(854) Bainbridge, *Intellectual Property*, p. 177 (com importante referência ao caso irlandês *News Datacom Ltd. v. Satellite Decoding Systems*, em que foi aceite que um cartão inteligente decodificador, ‘*smartcard*’, para uso na radiodifusão por satélite de sinais de programas televisivos encriptados era um programa de computador).

(855) Vivant, *Les créations immatérielles*, p. 51.

(856) Livro Verde 1988, p. 164 (em nota refere-se a definição adoptada nas

sequer, a que constava do Livro Verde 1988, que definia o programa de computador como “um conjunto de instruções destinado a permitir que um

Disposições Modelo da OMPI sobre a protecção dos suportes lógicos, Genebra 1978, nos termos da qual: “programa de computador é um conjunto de instruções capaz, quando incorporado num meio legível por máquina, de levar uma máquina com capacidade de tratamento de informação a indicar ou executar uma função, tarefa ou resultado específico.” — p. 194).

A omissão de uma caracterização de programa de computador para efeitos de regime não deixa de ser significativa. Numa breve análise de direito comparado constatamos que é recorrente a consagração legal de definições de programas de computador. Na pioneira legislação estadunidense encontra-se uma noção nos termos da qual, por programa de computador entende-se “a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result” (17 US Code § 101, noção introduzida pelo “Act of December 12, 1980”, Pub. L. 96-517, 94 Stat. 3015, 3028). Por seu turno, na lei japonesa do direito de autor e direitos conexos (Lei n.º 48, de 6 de Maio de 1970) os programas de computador são definidos como “uma expressão de instruções combinadas dadas ao computador de maneira a fazê-lo trabalhar e obter um certo resultado” (Art. 2.^o*bis*, introduzida pela Lei n.º 62 de 14 de Junho de 1985). Uma definição mais complexa foi adoptada, recentemente, pelo legislador brasileiro, nos termos da qual: “Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.” (Art. 1.º da Lei .º 9.609, de 19 de Fevereiro de 1998, que “Dispõe sobre a protecção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências”; refira-se que, a exemplo do legislador português, o legislador brasileiro optou por continuar a proteger os programas de computador numa lei especial, autónoma, ainda que indexada (v. Art. 2.º), ao regime dos direitos autorais, os quais foram também objecto de alterações por via da Lei n.º 6.610, de 19 de Fevereiro de 1998, que “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.”). Entre nós, a Lei da criminalidade informática define o “programa informático”, é dizer, o programa de computador, como “um conjunto de instruções capazes, quando inseridas num suporte explorável em máquina, de permitir à máquina que tem por funções o tratamento de informações indicar, executar ou produzir determinada função, tarefa ou resultado” (art. 2.º-*c*).

Esta definição parece integrar o regime jurídico dos programas de computador instituído pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro (ao abrigo da autorização concedida pela Lei n.º 21/94, de 17 de Junho), que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva Programas de Computador através de um diploma próprio, em cujo preâmbulo, louva-se o legislador de ter decidido “de acordo com a *melhor técnica* [...], criar um diploma *próprio* onde se condensem todas as normas *específicas* de protecção dos programas de computador, ao invés de se proceder a alterações no Código do Direito de

Autor e dos Direitos Conexos”; esta *melhor técnica* justificar-se-ia na medida em que “os conceitos nucleares de protecção dos programas de computador transportam novas realidades que não são facilmente subsumíveis às existentes no direito de autor, muito embora a equiparação a obras literárias possa permitir, *pontualmente*, uma aproximação”; em conformidade, dispõe que, “aos programas de computador que tiverem carácter criativo é atribuída protecção análoga à conferida às obras literárias” (art. 1.º, 2).

A solução do nosso legislador corresponde, aliás, à doutrina do Prof. Oliveira Ascensão, defensor de um “regime próprio” por entender que “os programas de computador não são obras literárias e artísticas” (*Direito de Autor*, p. 473). Com efeito, apesar de reconhecer que “sem nenhuma sombra de dúvida que o programa de computador *é uma criação* que tem uma expressão, e que essa expressão é linguística”, considera, porém, que “a fórmula do programa de computador, *como expressão obrigatória de um processo*, não é obra literária”, uma vez que “não há criatividade que é essencial à existência de obra tutelável, quando a expressão representa a via única de manifestar a ideia” (ROA 1990, p. 99, 112, 110). E assim seria porquanto, no programa de computador “no existe el espacio libre de creación que reclama. La creación está en el proceso, no está en la fórmula. Creado el proceso, el agente no tiene ninguna libertad en la elaboración de la fórmula, pues la fórmula será necesariamente la que traduzca servilmente el proceso” (RFDUCM 1994, p. 223). Pelo que, em suma, os programas de computador seriam, afinal, “meros processos” (*O direito de autor como direito da cultura*, p. 1055), uma vez que a “fórmula do programa, que se diz proteger, tem uma forma vinculada. Exprime servilmente o próprio programa ou processo, sem deixar nenhum espaço para a criação.” (*Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 341). Assim, confrontado com a prescrição comunitária de proteger os programas de computador “mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na acepção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas”, o Prof. Oliveira Ascensão propugnava a elaboração de “uma lei especial, em que se conceda *anormalmente* um direito de autor e se concretize o *regime especial* destes programas” (*Direito de Autor*, p. 474). Porquanto, ainda nas suas palavras, “la directriz o Directiva obliga a tutelar mediante un derecho de autor en el sentido de la Convención de Berna, pero no obliga a considerar el programa como una obra literaria o artística. Cada país mantiene un minimo de libertad como es próprio ante una directriz en lo que se refiere al enquadramiento a darle. Señaladamente, puede mantener el programa de ordenador fuera de la ley de los derechos de autor y no atribuirle, en bloque, el régimen de éstos, especialmente en lo que respecta a los derechos personales” (RFDUCM 1994, p. 224).

Revisitando, ainda que nas suas linhas gerais, as teses em confronto sobre a *vexata quaestio* da protecção jurídica dos programas de computador, refira-se, para começar, que a adopção de um regime jurídico especial ou *sui generis* — em termos semelhantes aos das topografias de produtos semicondutores —, era a solução também preconizada por vários autores, como, nomeadamente, Goldstein e Samuelson, Katayama, Haberstumpf e Wiebe, Vivant e Gaudrat, Franceschelli e Zeno-Zencovich. Como tópicos argumentativos desta orientação destacam-se, entre outros: *a*) a *raison d'être* essencialmente utilitária dos programas (na medida em que têm por objectivo permitir a um dispositivo de tratamento de informação, um computador, executar determinadas funções ou tarefas); *b*) a função não

comunicativa da linguagem de programação (activar determinados impulsos eléctricos da máquina e não dialogar com o utilizador); c) e, principalmente, a impossibilidade de separar ou cindir nos programas de computador o seu conteúdo ideativo ou funcional (as ideias, os princípios, a lógica, e os algoritmos que utiliza) da sua expressão (o código-fonte a que se chega através de uma linguagem de programação, depois interpretado e traduzido — por *firmware* da ROM e do microprocessador — num código-objecto através da linguagem de máquina ou binária). Impossibilidade essa que se vem a traduzir, ou pela sua radical não protecção como coisas incorpóreas susceptíveis de constituírem objecto de domínio (quer pelo direito de autor, quer pelo direito das patentes) quando concebidos os algoritmos como puras ideias abstractas ou puras fórmulas e regras matemáticas, ou pela sua tutela pelo direito das patentes (complementada pelo direito dos contratos, da concorrência desleal e dos segredos comerciais), quando concebidos os algoritmos como métodos operativos ou processos funcionais para a solução de determinados problemas. É justamente nesta segunda acepção que a orientação crítica à protecção dos programas de computador pelo direito de autor sustenta as suas posições. Partindo do pressuposto da incidibilidade da expressão codificada dos algoritmos (entendidos como métodos ou processos funcionais, e não como ideias, princípios abstractos ou puras fórmulas e regras matemáticas) que se utilizam na escrita de um programa de computador, é, porém, confrontada com o teor do art. 52.º, 2-c, 3, da Convenção de Munique, que exclui, expressamente, da patentabilidade os programas de computador enquanto tais. Pelo que, ou reduzem os programas de computador a uma forma de segredo técnico aplicável à indústria (*know-how*) protegido por um regime *sui generis*, com características do direito das patentes (mas sem exigir os respectivos requisitos), da concorrência desleal e do saber-fazer — uma espécie de *tertium genus* adequado à natureza híbrida do software —; ou, recorrem, ainda, à noção de “máquina virtual” para sustentar a patenteabilidade, em certas circunstâncias, dos programas de computador, tendo este entendimento sido admitido pelo BGH, em certos termos, na decisão “Tauchcomputer” (BGB, GRUR Int. 1992, p. 430 s.), e encontrando ecos na doutrina norte-americana que defende que o “software might be protected as a ‘process’ under the patent laws, because software is, in essence, a process [...]” (Burk, Tulane LR 1993, p. 28; v., no direito comparado, entre numerosos autores adversos à protecção do *software* pelo direito de autor, para uma primeira análise: Moritz, CR 1994, p. 257 s.; König, NJW 1990, p. 2233 s.; Wiebe, CL&P 1993, p. 79 s.; Kindermann, Schulte, CR 1992, p. 658 s., 648 s., 658 s.; Lesschaft/Ulmer, CR 1993, p. 607; Junker, NJW 1991, p. 2117 s.; Jehoram, RIDA 1992, p. 107 s.; Hellfeld, CL&P 1993, p. 16 s.; Lennon, CL&P 1994, p. 17 s.; Flamée, DIT 1/1986, p. 10 s.; Brow, CLJ 1991, p. 29 s.; Vietzke, CLJ 1993, p. 25 s.; Hanneman, DIT 1/1986, p. 33 s.; Blomquist, RIDA 1992, p. 3 s.; Besarovic, Dd’A 1987, p. 146 s.; Ristuccia/Zeno-Zencovich, *Il software*, p. 15; Wiebe, *Know-how-Schutz*, p. 7 s.).

A Directiva Programas de Computador não parece dar uma resposta final e definitiva, mas antes uma solução provisória, dizendo que, “numa primeira fase, [...] os Estados-membros devem conceder protecção aos programas de computador ao abrigo dos direitos de autor, considerando-os como obras literárias” (cons. 6), tendo, também por isso, merecido o qualificativo de “matrimonio di convenienza” (Franceschelli, RDI 1991, p. 175). Porém, esta orientação comunitária de considerar os programas de computador como

obras literárias remonta ao Livre Verde da Comissão sobre os direitos de autor e o desafio da tecnologia no quadro da política de harmonização das legislações dos Estados-membros em matéria de propriedade intelectual e industrial traçada no seu Livro Branco sobre a realização do mercado interno. Depois, constante da primeira Proposta de Directiva apresentada pela Comissão (COM(88) 816 final, JO C 91, 12-4-1989), foi esta orientação louvada pelo Parecer do Comité Económico e Social (JO C 329, 30-12-1989), aceite pelo Parlamento Europeu (JO C 231, 17-9-1990), tendo ficado consagrada no projecto modificado de Directiva apresentado pela Comissão (COM(90) 509, JO C 320, 20-12-1990) e adoptada, por unanimidade, pelo Conselho, primeiro, como posição comum (Doc. Cons. 10652/1/90, 14-12-1990) e, segundo, depois de ter sido aprovada pelo Parlamento em 17 de Abril de 1991, definitivamente como Directiva (DPC), nos termos do então art. 149.º, 2-b, do Tratado de Roma, em conformidade, portanto, com o chamado processo de cooperação (sobre os trabalhos preparatórios, v. Vinje DInfT 2/1992, p. 13 s., *The Legislative History*, p. 39 s.).

Por outro lado, ao prescrever que, “os Estados-membros estabelecerão uma protecção jurídica dos programas de computador, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na acepção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas” (art. 1.º, 1, DPC), o legislador consagrava a solução propugnada por Eugen Ulmer desde os anos sessenta no sentido da protecção dos programas de computador pelo direito de autor (v. Ulmer, *Der Urheberrechtsschutz wissenschaftlichen Werke unter besonderer Berücksichtigung des Programme elektronischen Rechenanlagen*, München 1967, p. 3, *apud* Lehman, *Richtlinie*, p. 8). Ora, no sentido de que “the analogy with books may be pursued” (Morgan/Stedman, *Computer Contracts*, p. 6), em termos de que os programas de computador “bien se tratan de ‘verdaderas creaciones literarias’” (Bertrand, *Las obras informaticas*, p. 323), pronunciava-se, também, Michael Lehmann — o principal representante da “Münchener Schule des Computerrechts” (Junker, JZ 1993, p. 726) —, defendendo que, contrariamente a uma “interpretação hermética”, a concepção de literatura constante do Art. 2.º, 1, da Convenção de Berna revista (1971) permitiria abranger aí os programas de computador enquanto “Werke der Literatur” em sentido amplo (Lehmann, NJW 1991, p. 2112, n. 7). O que permitiria integrar a sua protecção nesta plataforma de tutela jurídica internacional, que reduz os efeitos negativos do princípio da territorialidade, garantindo ao criador do programa igualdade de tratamento nacional em todos os países unionistas e assegurando-lhe determinados direitos mínimos de natureza pessoal e patrimonial.

Note-se, para terminar, que se perfilharmos o conceito de obra elaborado pelo Prof. Orlando de Carvalho, então dificilmente poderemos dizer que “la pretesa assimilazione dei programmi per elaboratore alle opere letterarie è una stupidagine antiscientifica” (Zeno-Zencovich, DII 1992, p. 37). Com efeito, nos termos da noção proposta: “Obra é um conjunto subjectivamente organizado objectivamente expresso de sinais comunicativos, que pela sua presumida dignidade artística ou científica, é susceptível de exploração económica” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 540). Ora, também um programa de computador seria um “conjunto objectivamente expresso em sinais comunicativos” (pense-se no código-fonte escrito em uma linguagem de programação), tutelável pelo direito de autor na medida em que fosse “subjectivamente organizado” (isto

dispositivo de tratamento da informação, um computador, execute as suas funções” (856). E essa omissão é tanto mais relevante, quando se considera que a expressão programas de computador “inclui qualquer tipo de programa, mesmo os que estão incorporados no equipamento”, dispondo-se, ainda que “inclui o material de concepção”, ou seja, “o trabalho de concepção preparatório conducente à elaboração de um programa de computador, desde que esse trabalho preparatório seja de molde a resultar num programa de computador numa fase posterior” (857).

Deste modo, não obstante a ausência de uma definição dos programas de computador, também conhecidos por *software* (858), o âmbito de protecção abrange todos e quaisquer programas de computador, independentemente do seu tipo funcional (sistemas operativos, aplicações e, ainda, *firmware*), do seu

é, na medida em que resultasse de criatividade intelectual, por outras palavras, que não fosse pura expressão servil nem mera cópia de outro programa — o que, obviamente, nenhuma “ontologia” dos programas de computador poderia, *a priori*, excluir, antes sendo necessário averiguar cuidadosamente, caso a caso, a *servilidade* ou *criatividade* da forma expressiva do programa relativamente ao seu conteúdo ideativo e funcional, no quadro dos padrões técnicos de programação). Por outro lado, a crítica da função não comunicativa da linguagem seria reversível, desde logo, em relação às linguagens de programação humanamente inteligíveis em que se exprime o código-fonte de um programa; ao que acresce ainda que, nos termos do considerando 10.º, 1.ª parte, da Directiva Programas de Computador, “a função de um programa de computador é *comunicar* e trabalhar com outros componentes de um sistema de computador e *com os utilizadores*.” Assim, seja directamente na forma do código-fonte ou indirectamente na forma do código-objecto, não deixaria a expressão linguística de um programa de computador de ter fins comunicativos. Como refere o Prof. Orlando de Carvalho, “alude-se, porém, a *comunicação*, porque qualquer obra [...] é necessariamente um *notum facere*, um levar a alguém alguma coisa [...] *basta a emoção ou sensação que alguma coisa provoca*”; sendo que, a *raison d'être* essencialmente utilitária ou funcional dos programas de computador, se, por um lado, seria susceptível de comprometer, em certos casos, a sua dignidade estética e artística, já, por outro lado, não prejudicaria, só por si, a protecção jurídico-autoral, porquanto, ainda nas palavras do Prof. Orlando de Carvalho, “o que o direito tutela não é a obra enquanto fonte de fruição estética ou artística, mas a obra enquanto *fonte de exploração económica*” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 540-1).

(857) Cons. 7 e art. 1.º, 1, *in fine*, DPC.

(858) A palavra inglesa *software*, de uso corrente, compreende não apenas os programas de computador, mas também a documentação de apoio (manuais de instruções, documentação técnica, etc.) e, ainda, segundo Keplinger, os algoritmos utilizados no programa (cfr. Rosselo, in Alpa, *Contratti*, p. 81). Ou seja, rigorosamente o termo “software” pode englobar três coisas distintas. Para designar o programa de computador e a documentação de apoio, utiliza-se em francês a palavra *logiciel*, e, na “nossa pátria”, a expressão “suporte lógico”.

suporte material de fixação (disco óptico, fita magnética, papel, equipamento, etc.), e da sua fase de desenvolvimento.

2. Quanto às bases de dados, porém, o legislador comunitário não repetiu o exemplo da “Directiva Programas de Computador”, consagrando, ao invés, uma noção legal de bases de dados. Com efeito, o âmbito de aplicação do regime jurídico harmonizado é delimitado em termos de respeitar “à protecção jurídica de bases de dados, seja qual for a forma de que estas revistam” (art. 1.º, 1, DBD). Dentro das diversas e variadas formas que as bases de dados podem revestir, distinguem-se, principalmente, as bases de dados electrónicas, por um lado, e as bases de dados não electrónicas, por outro, integrando, ambas, a hipótese prevista do âmbito de aplicação da Directiva ⁽⁸⁵⁹⁾.

As bases de dados electrónicas são “as recolhas, por vezes denominadas ‘compilações’, de obras, dados ou outras matérias, cuja disposição,

⁽⁸⁵⁹⁾ Cons. 14 DBD. Trata-se de uma solução divergente daquela constante da proposta, uma vez que considerava-se dever ser “aplicável apenas às compilações realizadas por meios electrónicos”, sem que, todavia, tal prejudicasse “a protecção pelo direito de autor enquanto compilações, na acepção do n.º 5 do art. 2.º da Convenção de Berna para a protecção das Obras Literárias e Artísticas (Acto de Paris de 1971) e nos termos da legislação dos Estados-membros, das compilações realizadas por outros meios” (cons. 19 Proposta DBD).

Numa breve referência comparatística, verifica-se que no direito estadunidense as bases de dados parecem ser abrangidas na categoria ampla das compilações, que abrange as “obras colectivas” (Leaffer, *Database protection in the United States*, p. 506). Nos termos do 17 US Code § 101, “uma compilação é uma obra formada pela recolha e montagem de materiais ou dados preexistentes que são seleccionados, coordenados ou arrançados de tal modo que a obra resultante constitui uma obra original de autoria. O termo compilação inclui obras colectivas”; sendo a obra colectiva definida como a obra, tal como um número periódico, uma antologia ou enciclopédia, na qual um número de contribuições, constituindo obras separadas e independentes em si mesmas, são reunidas num todo colectivo.” Refira-se, ainda, que na legislação japonesa a distinção entre bases de dados electrónicas e bases de dados não electrónicas parece ser feita através da distinção entre compilações e bases de dados, as quais constituem dois tipos distintos de objectos, ainda que co-relacionados [por base de dados entende-se “un aggregate of information such as articles, numericals or diagrams, which is systematically constructed so that such information can be searched for with the aid of a computer” (Art. 2.ª^{ter}); as compilações são as restantes selecções ou disposições de conteúdos que não caem nesta definição (v. Arts. 12.º e 13.º); v. Kubota, *Computer Programs and Databases*, p. 9-10; v., ainda, Yamamoto, CUJ 1998, p. 12 s., com análise do caso *Wall Street Journal*].

⁽⁸⁶⁰⁾ Cons. 13 e 22 DBD.

armazenamento e acesso são efectuados por meios que recorrem nomeadamente a processos electrónicos, electromagnéticos ou electro-ópticos ou outros análogos”, podendo “compreender igualmente dispositivos como os CD-ROM e os CD-I” (860); por contraposição, as bases de dados não electrónicas são as restantes recolhidas ou compilações de obras, dados ou outras matérias cuja disposição, armazenamento e acesso não são efectuados por meios electrónicos ou análogos.

Para além desta caracterização constante do preâmbulo, o legislador comunitário, ao contrário do que fizera para os programas de computador, consagrou um conceito de bases de dados. Assim, por base de dados entende-se “uma colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros” (art. 1.º, 2, DBD).

Vale isto por dizer que é consagrado um conceito de base de dados, cujos elementos essenciais constituem requisitos necessários à aplicação do regime jurídico instituído. Dentro desses requisitos distinguem-se consoante digam respeito, respectivamente, ao conteúdo ou à forma da base: relativamente aos primeiros (conteúdo), incluem-se na noção de bases de dados quaisquer recolhidas de obras literárias, artísticas, musicais ou outras, bem como, ainda, quaisquer outros materiais como textos, sons, imagens, números, factos e dados; relativamente aos segundos (forma), dever-se-á tratar de recolhidas de obras, dados ou outros elementos independentes, ordenados de modo sistemático ou metódico e individualmente acessíveis por meios electrónicos ou outros, embora não se exija que essas matérias tenham sido fisicamente armazenadas de modo organizado.

(861) Cons. 17, 21, 20 DBD. De notar, aliás, que na definição de base de dados constante da proposta de directiva era expressamente incluído o material electrónico necessário à exploração da base de dados, como o *thesaurus*, os índices, o sistema de acesso à informação e sua apresentação (art. 1.º, 1, Proposta DBD). Esta noção ampla de base de dados, se bem que não acolhida na versão final, tinha a vantagem de esclarecer que tais elementos só seriam protegidos se estivessem ligados a uma base de dados susceptível de protecção. E assim era, uma vez que se considerava que “a protecção de uma base de dados deverá abranger os materiais electrónicos sem os quais a selecção e a disposição do conteúdo efectuadas pelo criador da base de dados não pode ser utilizada, como por exemplo o sistema desenvolvido para facultar e apresentar a informação ao utilizador em suporte electrónico ou não electrónico, bem como o sistema de indexação e de *thesaurus* utilizados na criação ou exploração da base de dados” (cons. 19).

Ora, os termos em que foi consagrada na versão final a extensão do âmbito de protecção aos elementos necessários ao funcionamento ou consulta das bases de dados devem

Por outro lado, prevê-se, ainda, a possibilidade de certos elementos das bases de dados serem abrangidos no âmbito de aplicação da directiva, como sejam aqueles elementos necessários ao funcionamento ou à consulta de certas bases de dados, como o *thesaurus* e os sistemas de indexação⁽⁸⁶¹⁾. Ou seja, a protecção resultante do regime jurídico instituído aproveita não apenas às bases de dados *stricto sensu*, mas também a elementos necessários ao seu funcionamento ou consulta⁽⁸⁶²⁾. Alarga-se, deste modo, o âmbito de aplicação da directiva, no sentido de as bases de dados serem protegidas estática e dinamicamente.

Por último, o âmbito de aplicação da Directiva Bases de Dados é delimitado pela negativa. Primeiro, são excluídos os programas de computador utilizados no fabrico ou no funcionamento de bases de dados acessíveis por meios electrónicos, considerando-se expressamente que a expressão base de dados não deve aplicar-se aos programas de computador utilizados no fabrico

ser interpretados, não no sentido de serem estes elementos protegidos autonomamente, mas antes e apenas enquanto elementos de bases de dados susceptíveis de protecção, isto é, de recolhas ou compilações que preencham os requisitos da noção de base de dados. Por outras palavras, para que beneficiem de protecção é necessário que sejam elementos de uma base de dados capaz de tutela. Dever-se-á, assim, entender, que o legislador optou pelo rigor da definição de bases de dados, a elas equiparando, para efeitos de protecção, os elementos necessários ao seu funcionamento e consulta, *maxime* o *thesaurus* e os sistemas de indexação.

Anote-se, ainda, que, entre nós, a doutrina pronunciava-se no sentido da não protecção de bases de dados constituídas por materiais como textos, sons, imagens, números e dados, apenas a admitindo se fossem constituídas por obras; além disso, considerava-se que certos elementos da base, como o *thesaurus*, enquanto critério, não seriam susceptíveis de protecção pelo direito de autor (cfr. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 488).

⁽⁸⁶²⁾ Para uma crítica a esta extensão do objecto de protecção: Mallet-Poujou, DIT 1/1996, p. 9; v., ainda, por ex., Wiebe, CR 1996, p. 201.

⁽⁸⁶³⁾ Art. 1.º, 3, e cons. 23 DBD. Assim, devem distinguir-se os elementos necessários ao funcionamento ou à consulta de certas bases de dados, como o *thesaurus* e os sistemas de indexação, dos programas de computador utilizados no fabrico ou no funcionamento das bases de dados. A distinção releva, na medida em que, enquanto os primeiros são equiparados às bases de dados para efeitos de protecção jurídica, já os segundos são expressamente excluídos do âmbito de aplicação do regime jurídico instituído. Porém, a distinção é susceptível de se revelar problemática, uma vez que aqueles elementos de bases de dados, como o *thesaurus* e os sistemas de indexação, poderão confundir-se com elementos dos programas de computador utilizados no fabrico e funcionamento de bases de dados. Neste sentido, interrogando-se com Bellefonds, também, Lourenço Martins, *Direito da Informática*, II, p. 67.

ou no funcionamento de uma base de dados, os quais são protegidos pela Directiva Programas de Computador (863). Segundo, são excluídas a fixação de uma obra audiovisual, cinematográfica, literária ou musical, como tal, e a compilação de várias fixações de execuções musicais em CD, considerando-se que esta, como compilação, não preenche as condições para beneficiar da protecção do direito de autor e que não representa um investimento suficientemente avultado para beneficiar do direito *sui generis* (864).

Todavia, apesar de ter consagrado um conceito de bases de dados mais amplo do que a noção de compilações constante da Convenção de Berna (865), essa era já a solução encontrada em alguns Estados-membros, onde o conteúdo das bases de dados não era restrito às obras literárias e artísticas para efeitos de protecção pelo direito de autor (866), não sendo, portanto, neste ponto que se revela o traço distintivo do legislador comunitário.

(864) Cons. 17 e 19 DBD.

(865) Convenção de Berna (Paris 1971), Art. 2, 5: “As compilações de obras literárias e artísticas tais como as enciclopédias e antologias que, pela recolha ou disposição das matérias, constituem criações intelectuais, são protegidas como tais, sem prejuízo dos direitos dos autores sobre cada uma das obras que fazem parte dessas compilações.”

(866) Assim, por ex., no direito alemão, as bases de dados eram protegidas enquanto compilações (§ 4 UrhG), tendo o BGH admitido, *inter alia*, no caso “Warenzeichenlexika”, a sua protecção como obras literárias mesmo que não contivessem obras (v. Lewinski, *Protection of and vis-à-vis databases* (Germany), p. 480).

(867) Como o disse o legislador estadunidense: “(b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.” (17 US Code § 102. Subject matter of copyright: In general). Este princípio, que a nossa lei enuncia em termos idênticos, foi consagrado, *mutatis mutandis*, no Acordo ADPIC (Art. 9.º, 2: “A protecção do direito de autor abrangerá as expressões, e não as ideias, processos, métodos de execução ou conceitos matemáticos enquanto tal.”) e no Tratado OMPI sobre direito de autor (Art. 2: “Scope of Copyright Protection / Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.” — na versão inglesa; ou, na versão francesa: “Étendue de la protection au titre du droit d’auteur / La protection au titre du droit d’auteur s’étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels.”). Note-se, porém, que esta referência adicional aos processos, métodos de funcionamento ou conceitos matemáticos *enquanto tais* recorda a norma que assimila os programas de computador “enquanto tais” às formas de inovação que, como os métodos matemáticos e apresentações de informação, não se consideram invenções

3. Relativamente ao objecto de protecção *stricto sensu*, o legislador comunitário consagrou um princípio fundamental do direito de autor nos termos do qual a protecção abrange apenas a forma de expressão, já não o conteúdo ideativo-funcional ⁽⁸⁶⁷⁾. Em matéria de programas de computador, dispõe que “a protecção abrange a expressão, sob qualquer forma, de um programa de computador” (art. 1.º, 2, 1.ª parte, DPC).

Note-se, todavia, que a forma de expressão dos programas de computador é protegida já ao nível do material de concepção, isto é, do trabalho de concepção preparatório conducente à elaboração de um programa de computador, na medida em que possa traduzir-se num programa de computador numa fase posterior. Ou seja, para além do código-objecto, parece não se proteger, apenas, o chamado código-fonte *proprio sensu* do programa, isto é, a expressão do programa na forma de texto escrito numa linguagem de programação (*v. g.*, Pascal, Cobol, Basic, Fortran, Java), mas

patenteáveis (*v. art. 52.º, 2, da Convenção Europeia de Patentes assinada em Munique em 1971*).

Por outro lado, a recente lei brasileira (Lei n.º 9.610, 19-2-1998) também acolhe este princípio, dispondo que: “Art. 7.º [...] § 3.º No domínio das ciências, a protecção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial. / Art. 8.º Não são objeto de protecção como direitos autorais de que trata esta Lei: I — as idéias, procedimentos normativos, sistemas métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; [...] VII — o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.” Por seu turno, no regime de protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores, o legislador comunitário dispôs que: “A protecção concedida às topografias [...] só deve ser aplicável à topografia propriamente dita, com exclusão de qualquer conceito, processo, sistema, técnica ou informação codificada incorporadas nessa topografia.” (art. 8.º DTSP).

⁽⁸⁶⁸⁾ Moritz/Tybusseck, *Computersoftware*, p. 37.

⁽⁸⁶⁹⁾ No Acordo ADPIC prevê-se expressamente a protecção da expressão dos programas de computador, quer em código fonte, quer em código objecto (Art. 10.º, 1: “Os programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objecto, serão protegidos enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna (1971)”). O Tratado OMPI, apesar de estabelecer genericamente que a protecção prevista aplica-se aos programas de computador qualquer que seja o modo ou a forma de expressão (Art. 4.º, 2.ª parte), parece abranger também o código fonte e o código objecto, como resulta das Declarações Acordadas relativas a esta norma (“The scope of protection for computer programs under Article 4 of this Treaty, read with Article 2, is consistent with Article 2 of the Berne Convention and on a par with the relevant provisions of the TRIPS Agreement”).

⁽⁸⁷⁰⁾ Lehmann, *Richlinie*, p. 4.

também, o código genético-funcional ou “Pseudo-Code” ⁽⁸⁶⁸⁾ do programa (código-fonte em sentido amplo, incluindo, por exemplo, os diagramas e os fluxogramas) ⁽⁸⁶⁹⁾.

Mas, significa isto que constituem objecto de protecção as linguagens de programação, a lógica e os algoritmos a desenvolver através da escrita do programa? A hipótese de resposta afirmativa a esta pergunta não é falsificada pela delimitação negativa do objecto de protecção operada pela regra segundo a qual “as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa de computador, incluindo os que estão na base das respectivas *interfaces*, não são protegidos pelos direitos de autor ao abrigo da presente directiva” (art. 1.º, 1, 2.ª parte, DPC). Com efeito, esta norma reafirma um princípio fundamental do direito de autor, segundo o qual, nas palavras de Lehmann, “apenas a concreta forma de expressão é protegida pelo direito de autor, mas não as ideias subjacentes a um programa” ⁽⁸⁷⁰⁾.

Com efeito, o legislador comunitário parece manifestar a preocupação em, como se pode ler no preâmbulo, “de forma a evitar qualquer dúvida, se tem de deixar bem claro que a protecção abrange unicamente a expressão de um programa de computador e que as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa, incluindo os subjacentes às suas *interfaces*, não são protegidos por direitos de autor ao abrigo da presente directiva”; em conformidade, considera-se, ainda, que, “de acordo com este princípio dos direitos de autor, as ideias e princípios eventualmente presentes na lógica, nos algoritmos e nas linguagens de programação não são protegidos ao abrigo da presente directiva”; no entanto, para rematar, entende-se que “de acordo com a legislação e a jurisprudência dos Estados-membros e com as convenções internacionais sobre direitos de autor, a expressão dessas ideias e princípios deve ser protegida por direitos de autor” ⁽⁸⁷¹⁾.

Ora, apesar dos termos subtis e implícitos com que se considera o problema do objecto de protecção, não deixa de resultar que: 1.º a lógica, os algoritmos e as linguagens de programação não se confundem com as ideias e os princípios; 2.º nessa medida, podem constituir elementos dos programas de computador; 3.º pelo que serão susceptíveis de integrar a sua forma de expressão; 4.ª podendo ser, por conseguinte, assimiláveis ao objecto de tutela. Ou seja, admite-se que já existe expressão de ideias e princípios ao nível, por exemplo, dos algoritmos e que essa expressão é susceptível de reclamar protecção

⁽⁸⁷¹⁾ Cons. 13 a 15.

⁽⁸⁷²⁾ No sentido de que a protecção do algoritmo pelo direito de autor não é

nos termos do regime instituído, uma vez que se protege o material preparatório de concepção preliminar dos programas de computador.

expressamente excluída, Bertrand, *Le droit d'auteur*, p. 515. Todavia, mesmo que se admita que os algoritmos integrem a forma de expressão dos programas de computador, sentimos algumas dificuldades em sustentar que o legislador os tenha querido abranger, enquanto tais, no objecto de protecção do direito de autor. Parece-nos, antes, que procurou distingui-los das ideias e princípios, reconhecendo que constituem elementos dos programas de computador, embora não sejam protegidos “ao abrigo dos direitos de autor”. Todavia, isso não significará que não possam ser protegidos por outros regimes, por ex. enquanto saber-fazer (art. 9.º, 1, DPC), uma vez que farão parte de “todos os elementos do suporte lógico” (cons. 9 DPC).

Todavia, como diz o Prof. Oliveira Ascensão: “Uma vez assegurada a tutela da forma, os interessados passaram obviamente a lamentar a ausência de tutela do processo. Assim discutiu-se muito a «descompilação»: a possibilidade de aceder ao algoritmo de um programa para seguidamente o reconstruir com forma ou expressão diferente. Isto seria livre segundo o direito de autor. / Não obstante, acaba por se chegar a uma posição mista. Nos termos do art. 6.º, não é necessária a autorização quando a descompilação for necessária para assegurar a interoperabilidade de programas criados independentemente. Mas acrescenta-se (n.º 2) a proibição quando o processo é utilizado para outros fins. Por aqui se imiscui já uma protecção do processo por si.” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 474; também aqui a directiva “revela a sua preocupação dominante, que é a da tutela empresarial” — p. 475).

No direito comparado, será importante destacar a solução da lei japonesa dos direitos de autor, que exclui, expressamente, do objecto de protecção concedida aos programas de computador qualquer linguagem de programação, regra ou algoritmo utilizado para fazer esses programas [Art. 10 (3) “The protection granted by this Law to works mentioned in paragraph (1), item (ix) [program works] shall not extend to any programming language, rule or algorithm used for making such works. In this case, the following terms shall have the meaning hereby assigned to them respectively: / (i) “programming language” means letters and other symbols as well as their systems for use as means of expressing a program; / (ii) “rule” means a special rule on how to use in a particular program a programming language mentioned in the preceding item; / (iii) “algorithm” means methods of combining, in a program, instructions given to a computer.” (v. Tani, P&L 1996, p. 14; Kubota, *Computer Programs and Databases*, p. 11: “This confirms the principle that the Copyright Law protects expression; it does not protect the underlying ideas or the language by means of which they are expressed”)].

Refira-se, ainda, que no cerne do problema está a própria adequação do direito de autor enquanto meio de tutela dos programas de computador. Como a Comissão cedo deu conta: “No que diz respeito ao carácter pouco adequado dos direitos de autor, houve de facto quem, na Europa, sugerisse recentemente que a protecção contra a reprodução é insuficiente e que seria necessário um verdadeiro direito de monopólio, semelhante a uma patente. Foi referido qu[e] as limitações dos direitos de autor, em especial o princípio de

Por outras palavras, os programas de computador são protegidos desde a sua fase de concepção preliminar, não sendo excluídos, por isso, certos elementos dos programas, como os algoritmos, na medida em que integrem

que protegem mais a forma sob a qual as ideias são expressas do que as próprias ideias, tornam esses direitos pouco adequados. A aplicação do princípio aos suportes lógicos leva a concluir que, embora os programas sejam protegidos, a lógica ou algoritmos subjacentes o não são. Desde que os conceitos básicos sejam expressos de diferentes maneiras, podem ser desenvolvidos outros programas para atingir os mesmos resultados. Tal facto levou alguns a proporem que se adoptasse uma nova forma de protecção, a par dos direitos de autor, que concedesse direitos exclusivos a novos algoritmos que envolvessem um passo inventivo. Essa protecção seria sob muitos aspectos análoga à protecção por patente, ficando dependente de registo e concedendo um monopólio efectivo por um período determinado da ordem dos 20 anos quanto aos algoritmos em questão”. (Livro Verde 1988, p. 176).

(⁸⁷³) Cassotana, CI 1993, p. 1242.

(⁸⁷⁴) O argumento mais forte no sentido da não protecção pelo direito de autor dos programas de computador é a dificuldade — para muitos, a impossibilidade — de nestes cindir ou separar o seu conteúdo ideativo e funcional (as ideias, os princípios, a lógica e os algoritmos) da sua forma expressiva, traduzindo-se, assim, esta via de tutela numa “protecção tipo patente sem aplicar os requisitos da patente” (Wiebe, CL&P 1993, p. 81). Um problema extremamente delicado na prática é a determinação do que é protegido pelo direito de autor daquilo que já não é em razão da dicotomia forma-expressão.

Na Alemanha, na decisão “Betriebssystem”, o BGH consagrou a teoria do “Gewebe”, atribuída a Ulmer, com vista a distinguir o conteúdo ideativo e funcional de um programa de computador da sua forma expressiva: a lógica e os algoritmos — equiparados a fórmulas ou regras matemáticas — subjacentes a um programa não seriam protegidos enquanto tais, mas apenas na forma de implementação e coordenação das rotinas e subrotinas, recaindo a protecção sobre o “Gewebe” de um programa, ou seja, sobre a criatividade manifestada na colecção, selecção e combinação de instruções e expressa na elaboração da estrutura formal do programa. Refira-se, ainda que, anteriormente, no caso “Baustatik-Programme” (OLG Frankfurt), um perito informático tinha já testemunhado no sentido de existirem, geralmente, variadas maneiras para escrever um programa com vista a desempenhar uma determinada função específica, e, ainda, no sentido de existirem diversas formas para implementar (utilizar) um algoritmo num programa (v. Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 85 s.).

Cumprir destacar a este respeito a jurisprudência estadunidense firmada perante o problema de discernir “que aspectos do programa eram elegíveis para protecção pelo *copyright*” (Miller, Harvard LR 1993, p. 993). Com efeito, “configurando analogias com obras conceptualmente semelhantes” (Wilkins, Yale LJ 1994, p. 435), a jurisprudência estadunidense elaborou, numa série de casos, critérios relativos à dicotomia ideia/expressão ou forma/conteúdo no âmbito dos programas de computador, partindo dos princípios vigentes para as restantes *literary works*. Para começar, no caso *Whelan Associates, Inc v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.* (1986), foi concedida protecção não só ao “look and

a forma de expressão dos programas de computador, ainda que ao nível do seu código genético-funcional⁽⁸⁷²⁾. Contudo, para além de integrarem a forma

feel”, mas também a elementos não literais como a “estrutura, sequência e organização” (*structure, sequence and organization*) de um programa de computador, excluindo-a, no entanto, relativamente aos aspectos estritamente necessários à sua funcionalidade (ao seu conteúdo ideativo e funcional). Para o efeito mobilizou critérios tradicionais das obras literárias, quais sejam a doutrina da fusão (*merger doctrine*) e a doutrina *scènes a faire*: segundo a *merger doctrine*, “se são possíveis apenas um ou um número muito limitado de modos de exprimir uma ideia particular, diz-se que a ideia e a sua expressão fundiram-se, e não será concedida protecção a nenhuma das formulações”; por seu turno, a *scènes a faire doctrine* “nega protecção a elementos literários comuns que são inevitavelmente associados com o tema ou o enredo ou trama de uma obra” (Miller, Harvard LR 1993, p. 994-6).

Este critério de distinção entre ideia e expressão viria a ser refinado no caso *Lotus Development Corp. v. Paperback Software Internacional* (1990), com a adopção da doutrina dos “níveis de abstracção (*levels of abstraction*), distinguindo três passos para discernir a expressão juríco-autoralmente tutelável: 1.º o nível das ideias (o nível mais elevado de abstracção); 2.º o nível dos elementos individualmente considerados essenciais à expressão das ideias, mobilizando aqui as doutrinas *merger* e *scènes a faire* já presentes no caso *Whelan*; 3.º o nível de considerar se os restantes elementos considerados como tuteláveis constituem uma parte substancial da obra protegível pelo direito de autor (v. Miller, Harvard LR 1993, p. 998 s: o A. considera, ainda, que, mesmo que alguns elementos não fossem individualmente protegidos, dever-se-ia considerar, que uma “combinação” ou “arranjo” original dos mesmos seria susceptível de constituir objecto de protecção). Depois, no caso *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.* (1992), foi apurado ainda mais o critério da dicotomia ideia-expressão no programas de computador, adoptando-se o como método o teste da “abstracção-filtragem-comparação” (*abstraction-filtration-comparison*): no primeiro grau, abstracção, é utilizado o critério dos níveis de abstracção elaborado no caso *Paperback*, distinguindo-se, por ordem de crescente generalidade, os seguinte níveis de abstracção: o código-objecto, o código-fonte, as listas paramétricas, e os serviços exigidos para descrever o programa nas linhas gerais; no segundo grau, filtragem, são mobilizadas as doutrinas *merger* e *scènes a faire*, já presentes no caso *Whelan*, aplicando-as detalhadamente: a *merger doctrine* conduziria à exclusão de elementos funcionais relativos à eficiência ou rapidez do programa; a *scènes a faire doctrine*, conduziria, por sua vez, à exclusão dos elementos do programa ditados por factores externos, como a caracterização funcional do programa; no terceiro grau, comparação, são excluídos os programas ou fragmentos de programas caídos no domínio público. Em suma, a fórmula “estrutura, sequência e organização” do caso *Whelan* e perfilhada no caso *Paperback*, seria agora substituída pela fórmula estrutura não literal do programa (*non-literal program structure*), abolindo-se, no caso *Altai*, a distinção entre estrutura escrita ou estática do programa e a sua estrutura performativa ou dinâmica (v. Miller, Harvard LR 1993, p. 1001 s., crítico desta jurisprudência; em sentido semelhante,

de expressão — dir-se-ia, a “forma expressiva interna”⁽⁸⁷³⁾ —, estes elementos terão que satisfazer, ainda, o requisito típico de protecção, em sentido próprio, pelo direito de autor: a originalidade⁽⁸⁷⁴⁾.

4. O mesmo princípio é reafirmado quanto às bases de dados, no sentido de o objecto de protecção ser constituído, não pelas bases de dados *tout court*, mas antes e apenas pela sua estrutura⁽⁸⁷⁵⁾, uma vez que o direito de autor só protege a forma de expressão, já não o conteúdo. E a forma de expressão corresponde, nas bases de dados, à sua estrutura ou “arquitectura”⁽⁸⁷⁶⁾, sendo, portanto, ao nível desta que se apura, como veremos, a originalidade da selecção ou disposição das matérias. Com efeito,

Ginsburg, RIDA 1993, p. 181 s.).

Não obstante, o teste do “Golden Nugget” operado neste caso com recurso ao método abstracção-filtragem-comparação provocou um repensar sobre a adequação do direito de autor para proteger os programas de computador, dizendo-se mesmo que “o direito das patentes pode emergir como o modo preferido de protecção de programas de computador” (Effros, Rutgers LJ 1993, p. 89). A aplicação destes métodos de apuramento dos aspectos dos programas de computador que podem ser protegidos pelo direito de autor foi operada, em termos semelhantes, nos casos *Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*, 1992, e *Apple Computer, Inc. v. Microsoft*, 1994 (para mais desenvolvimentos, v. Drexler, *What is Protected in a Computer Program?*, 1994). Como se escreveu recentemente: “O argumento de *Borland* foi mais directo. Obras funcionais, disse, quer objectos tangíveis ou processos ou métodos intangíveis, não constituem objecto de protecção do direito de autor, e elementos funcionais de obras de outro modo protegíveis não são igualmente protegidos. Essa proposição, conclui, constitui um princípio fundamental do direito de autor pelo menos desde a decisão *Baker v. Selden* em 1879, e, ademais, está consagrada na § 102(b) da lei do direito de autor.” (Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1159). Assim, em suma, partindo dos princípios relativos à dicotomia ideia-expressão no âmbito do objecto de protecção pelos direitos de autor das obras literárias, tem a jurisprudência estadunidense elaborado uma série de critérios para apurar o “copyrightable Golden Nugget” de um programa de computador, em termos que recusam protecção à “expressão funcional”, e trazem de novo para o debate a *vexata questio* da protecção jurídica do *software*.

⁽⁸⁷⁵⁾ Neste sentido, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 485.

⁽⁸⁷⁶⁾ Vivant, D. 1995, p. 197.

⁽⁸⁷⁷⁾ A recente lei brasileira do direito autoral refere expressamente o objecto de protecção das bases de dados à “forma de expressão da estrutura”, dispondo que “o titular do direito patrimonial sobre uma bases de dados terá o direito exclusivo, a respeito da *forma de expressão da estrutura* da referida base, de autorizar ou proibir[...]” (art. 87.º Lei n.º 9.610, 19-02-1998).

⁽⁸⁷⁸⁾ Wiebe, *Information als Schutzgegenstand*, p. 133.

“essa protecção incide sobre a estrutura da base”, na qual se traduz a “forma de expressão protegida pelo direito de autor (art. 5, cons. 15, DBD).

É, portanto, ao nível da estrutura das bases de dados que se analisa o objecto de protecção do direito de autor ⁽⁸⁷⁷⁾. E, uma vez que aqueles elementos necessários ao funcionamento ou consulta de bases de dados, como o *thesaurus* e os sistemas de indexação, são-lhe equiparados para efeitos de protecção, esta incidirá não apenas sobre a estrutura estática, mas também sobre a sua estrutura dinâmica. Note-se, porém, que, “carece de mais rigoroso apuramento saber o que é que deve ser considerado ‘estrutura’ ou ordenação sistemática e metódica” ⁽⁸⁷⁸⁾.

Por seu turno, a delimitação negativa do objecto de protecção das bases de dados é operada expressamente em termos que “a protecção das bases de dados pelo direito de autor [...] não abrange o seu conteúdo e em nada prejudica eventuais direitos que subsistam sobre o conteúdo” (art. 3.º, 2, DBD). Ou seja, de acordo com um princípio tradicional, o direito de autor só protege a forma de expressão das bases de dados, isto é, a sua estrutura, já não o seu conteúdo ⁽⁸⁷⁹⁾, não sendo, portanto, necessária “nenhuma alteração da lei do direito de autor ou da jurisprudência” ⁽⁸⁸⁰⁾. Trata-se de uma

⁽⁸⁷⁹⁾ Este princípio, consagrado na Convenção de Berna (Art. 2, 5: “As compilações de obras literárias ou artísticas ... que, pela escolha ou disposição das matérias constituem criações intelectuais, são protegidas como tais, sem prejuízo dos direitos dos autores sobre cada uma das obras que fazem parte dessas compilações.”), consta do Acordo ADPIC (Art. 10.º, 2, 2.ª parte: “Essa protecção, que não abrangerá os próprios dados ou elementos não prejudicará os eventuais direitos de autor aplicáveis a esses dados ou elementos.”) e do Tratado OMPI sobre direito de autor (Art. 5, 2.ª parte: “Cette protection ne s’étend pas aux donées ou éléments eux-mêmes et elle est sans préjudice de tout droit d’auteur existant sur les données ou éléments contenus dans la compilation.”). No direito comparado pode ver-se, por ex., os Arts. 12 (2) e 12bis (2) da lei japonesa. Mas é de destacar a nova lei brasileira, que explicita este princípio, dispondo que: “Art. 7.º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] XIII — as colectâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua selecção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. [...] § 3.º A protecção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.”

⁽⁸⁸⁰⁾ Kappes, *Informationssammlungen*, p. 267.

⁽⁸⁸¹⁾ Sirinelli, D. 1993, p. 323.

⁽⁸⁸²⁾ A proposta continha uma disposição nos termos da qual “a incorporação

protecção “a montante” do direito de autor relativamente a obras que serão exploradas “a jusante” com a sua incorporação na base de dados⁽⁸⁸¹⁾. O que é da máxima importância uma vez que o conteúdo de uma base de dados pode ser constituído, nomeadamente, por obras e/ou prestações protegidas pelo direito de autor e/ou por direitos conexos e, ainda, dados pessoais legalmente protegidos.

Assim, importa salientar, que o direito de autor sobre as bases de dados, desde logo, não prejudicará a liberdade de os autores decidirem se, ou de que modo, permitirão que as suas obras sejam incluídas numa base de dados, nomeadamente, se a autorização concedida se revestirá ou não de carácter exclusivo. Ou seja, o direito de autor sobre as bases de dados deverá respeitar os direitos dos titulares de direitos de autor sobre obras a incluir nessas bases⁽⁸⁸²⁾. A inclusão de obras protegidas pelos direitos de autor numa base de dados constitui, portanto, uma forma de utilização de obra, devendo ser efectuada em respeito pelos direitos exclusivos do respectivo titular. E assim é, uma vez que se considera que as obras protegidas pelo direito de autor e as prestações protegidas por direitos conexos incorporadas numa base de dados continuarão a ser objecto dos direitos exclusivos respectivos e não poderão, nessa medida, ser incorporadas na base de dados nem dela extraídas

numa base de dados de material bibliográfico ou de breves extractos, citações ou resumos que não substituem as próprias obras originais não carecem de autorização do titular do direito sobre estas obras” (art. 4.º, 1, Proposta DBD). Todavia, a Directiva Bases de Dados não consagrou expressamente esta faculdade. Não obstante, poderá revestir especial importância neste domínio o “direito de citação” previsto, em certos termos, na Convenção de Berna (Art. 10, 1: “São lícitas as citações tiradas de uma obra já lícitamente tornada acessível ao público, na condição de serem conformes aos bons costumes e na medida justificada para o fim a atingir, incluindo as citações de artigos de jornais e compilações periódicas sob a forma de revistas de imprensa”). Estamos perante um caso em que o interesse público do livre fluxo da informação impõe determinados limites aos direitos exclusivos e que poderá justificar, em certos termos, actividades de empresas que actuam no mercado dos serviços de informação, como sejam as empresas de análise de media. Como tivemos oportunidade de sustentar: “No caso de actividades de análise de media, podemos avaliar os interesses em jogo utilizando a metáfora da balança. Num prato, temos os interesses das empresas de análise de media e dos seus clientes, que reclamam a licitude desta actividade; no outro, temos os titulares de direito de autor e direitos conexos, que reclamam o direito exclusivo de reproduzir a obra. O fiel da balança é o interesse público, em nome do qual será possível justificar certas restrições à exclusividade do direito de autor” (*European Perspectives*, p. 86).

⁽⁸⁸³⁾ Cons. 18, 26, 27 e 48. Problema extremamente delicado é o da constituição

sem a autorização do titular dos direitos ou dos seus sucessores legítimos.

Deste modo, a existência de um direito de autor sobre a estrutura da base de dados não prejudicará os direitos de terceiros sobre as obras, prestações, dados ou demais elementos que integram o conteúdo da base de dados. Ou seja, uma coisa são os direitos de autor sobre as obras e os direitos conexos sobre prestações incorporadas numa base de dados, outra coisa é a existência de um direito distinto sobre a selecção ou disposição dessas obras e prestações numa base de dados, considerando-se que esta não prejudica aquela. De igual modo, no que respeita especificamente aos dados pessoais incluídos na

de bases de dados pessoais. Na verdade, o mercado da informação transaciona um bem que atinge o direito à reserva sobre a intimidade privada da pessoa. Torna-se necessário, por isso, distinguir os dados pessoais, bem como os termos em que podem ou não constituir a informação como bem económico. Uma série de actos normativos foi já adoptada nesse sentido, destacando-se, a nível comunitário, a Directiva 95/46/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (JO n.º L 281, de 23-11-1995), que permite a livre circulação dos dados pessoais com base em regras harmonizadas destinadas a proteger os direitos fundamentais, nomeadamente o direito ao respeito da vida privada consagrado no art. 8.º da Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [sobre a Directiva Dados Pessoais, v. Simitis, *Vom Markt zur Polis*, p. 51 s.; Ehmann/Helfrich/Zimmer-Helfrich (Hrsg.), *Die EG-Datenschutzrichtlinie*, 1996; Dammanann/Simitis, *EG-Datenschutzrichtlinie*, 1997; Kilian, *Europäisches Datenschutzrecht*, p. 98 s.; Heredero Higuera, *La Directiva Comunitaria*, 1997; Hoeren/Holznel (Hrsg.), *Datenschutz und Multimedia*, 1998; Ehmann/Helfrich, *EG-Datenschutzrichtlinie*, 1999.

Entre nós, para além Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, 26-10, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados) e do Regime do tratamento dos dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações (Lei n.º 69/98, 28-10, que transpõe a Directiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997), vejam-se também os diplomas especiais: Decreto-Lei n.º 309/98, 14-10 (regulamenta a manutenção de uma base de dados pessoais pela Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna no âmbito da actividade de segurança privada); Lei n.º 62/99, 2-3 (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos em matéria de identificação criminal e de contumazes da Direcção-Geral de Serviços Judiciários); Decreto-Lei n.º 352/99, 3-9 (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos da Polícia Judiciária); Decreto-Lei n.º 395/99, 13-10 (estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos dos Institutos de Medicina Legal de Lisboa, Porto e Coimbra).

(⁸⁸⁴) Relativamente aos programas de computador dispõe ainda um preceito que

base de dados, a directiva, que tem por objectivo garantir um nível de protecção das bases de dados adequado e uniforme enquanto meio de assegurar a remuneração do fabricante da base de dados, não prejudicará a aplicação da legislação em matéria de protecção de dados ⁽⁸⁸³⁾.

Em suma, na medida em que a constituição das bases de dados implique a incorporação de obras, prestações ou dados pessoais, bem como demais elementos juridicamente protegidos, deverão ser respeitados os direitos dos respectivos titulares, considerando-se que em nada são afectados pela atribuição de um direito de autor sobre a estrutura da selecção ou disposição do conteúdo das bases de dados. Todavia, importa referir que, como veremos, não obstante todos os considerandos que em contrário se aduzam, os termos em que é modelado o direito *sui generis* em favor dos produtores de bases de dados não deixam de significar a atribuição de um poder de exclusivo sobre os dados incorporados na base, na medida em que sejam considerados partes substanciais do conteúdo da base; à semelhança, aliás, com o que se passa com

parece remeter para outros requisitos de protecção: “A protecção será concedida a qualquer pessoa que preencha os requisitos necessários para beneficiar da legislação nacional sobre direitos de autor aplicável às obras literárias” (art. 3.º DPC). Isto significa, designadamente, que a protecção não depende de registo, depósito ou qualquer outra formalidade.

Acrescente-se que se o requisito da exteriorização parece implícito no objecto de protecção, que apenas incide sobre a expressão, sob qualquer forma, de programas de computador ou bases de dados, já um problema que o legislador comunitário parece não ter harmonizado é o de saber se a protecção depende da fixação dos programas de computador e das bases de dados num suporte material. Com efeito, a Convenção de Berna (1971) reserva “às legislações dos países da União a faculdade de prescrever que as obras literárias e artísticas ou apenas uma ou várias categorias dentre elas não são protegidas, na medida em que não estejam fixadas num suporte material (Art. 2, 2). Entre nós, o requisito da fixação é previsto expressamente para as obras coreográficas e pantonimas, parecendo ser exigível, ainda que a lei não o diga expressamente, para outros tipos de obras (por ex., obras audiovisuais). Noutros sistemas, porém, esse requisito constitui regra geral de protecção.

Assim, nos EUA vale a regra segundo a qual a protecção depende da fixação das obras num qualquer meio tangível de expressão (17 US Code § 102: “(a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device”). Com efeito, para que a obra seja aí considerada criada é necessário que tenha sido fixada numa cópia ou “fonograma” pela primeira vez (17 US Code § 101: “A work is ‘created’ when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time;[...] A work is ‘fixed’ in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by

outros titulares de direitos conexos (por ex., produtores de fonogramas).

5. Em matéria de requisitos de protecção, o critério da originalidade é objecto de harmonização, em ordem a aproximar as diferenças existentes nos diversos Estados-membros. Podemos falar aqui de um traço distintivo do legislador comunitário no quadro do direito de autor ⁽⁸⁸⁴⁾. Delimitado o âmbito de aplicação e definido o objecto de protecção, o legislador comunitário consagrou um princípio fundamental em sede de requisitos de protecção pelo

or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is 'fixed' for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission"). Nesta medida, a obra é protegida já enquanto cópia ou fonograma, uma vez que estes termos abrangem o objecto material no qual a obra é fixada pela primeira vez, fixação essa da qual depende a protecção concedida (v. 17 US Code § 101: "Copies' are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term 'copies' includes the material object, other than a phonorecord, in which the work is first fixed. [...] 'Phonorecords' are material objects in which sounds, other than those accompanying a motion picture or other audiovisual work, are fixed by any method now known or later developed, and from which the sounds can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term 'phonorecords' includes the material object in which the sounds are first fixed"). Note-se, ainda, que, nas noções de diversos tipos de obra, embora não se refira a expressão suporte material de fixação, já, porém, é mencionado o objecto material em que estão "imbuídas" (v. 17 US Code § 101. "Literary works' are works, other than audiovisual works, expressed in words, numbers, or other verbal or numerical symbols or indicia, regardless of the nature of the material objects, such as books, periodicals, manuscripts, phonorecords, film, tapes, disks, or cards, in which they are embodied. [...] 'Audiovisual works' are works that consist of a series of related images which are intrinsically intended to be shown by the use of machines or devices such as projectors, viewers, or electronic equipment, together with accompanying sounds, if any, regardless of the nature of the material objects, such as films or tapes, in which the works are embodied. [...] 'Sound recordings' are works that result from the fixation of a series of musical, spoken, or other sounds, but not including the sounds accompanying a motion picture or other audiovisual work, regardless of the nature of the material objects, such as disks, tapes, or phonorecords, in which they are embodied").

⁽⁸⁸⁵⁾ Em termos idênticos, o legislador comunitário harmonizou o requisito no domínio das obras fotográficas, dispondo que: "As fotografias originais, na acepção de que são a criação intelectual do próprio autor, são protegidas[...]. Não se aplica qualquer

direito de autor. Trata-se do princípio da originalidade, que foi harmonizado em termos idênticos para ambos os casos, no sentido, não apenas de não ser exigível um grau de criatividade superior à média, mas também de não bastar o mero investimento de trabalho, capital e tempo, para que os programas de computador e as bases de dados possam beneficiar de protecção pelo direito de autor ⁽⁸⁸⁵⁾.

Com efeito, relativamente aos programas de computador, dispõe que “um programa de computador será protegido se for original, no sentido em

outro critério para determinar se pode beneficiar de protecção. Os Estados-membros podem prever a protecção de outras fotografias” (art. 6.º Directiva Duração da Protecção). Esta medida justifica-se em razão da diferença de regime de protecção das fotografias nos Estados-membros, considerando-se que, a fim de obter uma harmonização suficiente do prazo de protecção das obras fotográficas e, nomeadamente das que, dado o seu carácter artístico ou profissional têm importância no âmbito do mercado interno, é necessário definir o nível de originalidade requerido nos seguintes termos: “uma obra fotográfica, na acepção da Convenção de Berna, deve ser considerada como original sempre que for criação intelectual própria do respectivo autor, reflectindo a sua personalidade, sem que outros critérios, tais como o mérito ou finalidade, sejam tomados em consideração; que a protecção da outras fotografias pode ser deixada à lei nacional” (cons. 17 Directiva Duração de Protecção).

⁽⁸⁸⁶⁾ Esta referência à criação intelectual, articulada com as tradições nacionais, indica que os programas gerados por computador não serão protegidos ao abrigo da directiva, por não satisfazerem o requisito da originalidade, isto é, de não constituírem criações humanas. Acresce que a favor desta interpretação parece jogar o argumento de não ter sido adoptado o art. 5.º, 2, constante da proposta inicial, que dispunha uma regra especial de atribuição da titularidade dos direitos sobre programas gerados por computador no campo da inteligência artificial (v. Schroeder, *Computer Software*, p. 56-7, 64). Aproximava-se essa regra da § 9(3) UK CPDA 1988, nos termos da qual “in the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer generated, the author shall be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken” (v., por ex., Tapper, *Perspective from the United Kingdom*, p. 149).

Entre nós, como vimos, “nenhuma protecção é admissível. Porque a obra criada por computador nem é objecto de previsão específica, nem cai em nenhum dos tipos existentes. [...] A intervenção humana, para ser criadora, não se pode limitar à criação do programa; nem sequer à escolha do tipo de obra. Tem de recair sobre a essência desta, no que individualmente a especifica.” (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 336-7).

⁽⁸⁸⁷⁾ Livro Verde 1988, p. 180, p. 192 (“para que uma obra seja passível de protecção pelos direitos de autor *stricto sensu*, tem de ser ‘original’ no sentido de ser o resultado do esforço intelectual do seu criador e não uma cópia em si. [...] Os programas devem ser protegidos quando são originais, no sentido de serem o resultado do esforço intelectual

que é resultado da criação intelectual do autor”, e acrescentando, depois, que “não serão considerados quaisquer outros critérios para determinar a sua susceptibilidade de protecção” (art. 1.º, 3, DPC). Assim, o programa é protegido se for original, isto é, se resultar de uma criação intelectual do autor ⁽⁸⁸⁶⁾, em termos, ao que parece, de não ser “uma cópia em si” no sentido de não ser banal na indústria dos suportes lógicos ⁽⁸⁸⁷⁾, uma vez que “no tocante aos

próprio do seu criador e de não serem banais na indústria de suportes lógicos”).

⁽⁸⁸⁸⁾ Cons. 8 DPC. Isto significa que os programas de computador são protegidos na medida em que satisfaçam os mesmos requisitos que as outras obras literárias, protegendo-se, deste modo, mesmo os programas chamados “kleine Münze”, “petite monnaie” ou “basso prezzo” (v. Ristuccia/Zeno-Zencovich, DII 1994, p. 240). Esta solução veio pôr fim a um “desarrollo jurisprudencial”, pois que, se correspondia, entre outros, à orientação adoptada em França, pela *Cour de cassation* na decisão Atari, em Março de 1986 (v. Vivant, *Lamy droit informatique*, n.º 864), já não era acolhida pela jurisprudência superior alemã, sendo de referir as decisões do BGH nos Processos “Inkasso-Programm” e “Betriebssystem” (por todos, BGB, NJW 1986, p. 192; BGB, NJW 1991, p. 1231). Com efeito, considerando o seu carácter essencialmente funcional e utilitário, para ser original, enquanto *persönlichen geistigen Schöpfung*, e nessa medida protegido pelo direito de autor, seria necessário: 1.º existirem diversas formas de expressar a ideia (a que equipara o algoritmo); 2.º não ser a forma de expressão escolhida uma mera cópia de uma outra pré-existente; 3.º terem os seus elementos criativos existentes excedido significativamente o que faria em condições técnicas normais um programador médio — “Überdurchschnittlichkeit” (v., ainda, Betten, LDA 1986, p. 311 s.; Lehmann, NJW 1988, p. 2419 s.; Haberstumpf, NJW 1991, p. 2105; Hoeren, *(Germany)*, p. 77 s.).

Deste entendimento do BGH resultava que a protecção dos programas de computador pelo direito de autor, apesar de consagrada por via legislativa, na prática, apenas, excepcionalmente, era admitida. Nos termos da decisão do OLG Stuttgart de 13-11-1987: “die Urheberrechtsfähigkeit von EDV-Programmen ist nichts die Regel, sondern die Ausnahme” (*apud*, Schneider, *EDV-Rechts*, p. 183). Porém, em face do critério de originalidade prescrito pela directiva, os autores consideraram, em regra, que este critério deveria ser respeitado pela jurisprudência, no sentido de a protecção ser, em regra, conferida (v. Lehmann, NJW 1991, p. 2113, e CR 1992, p. 124 s.; Ullmann, CR 1992, p. 641; Wiebe, CL&P 1993, p. 81; porém, Junker, NJW 1992, p. 1733). E, com efeito, assim sucedeu, uma vez que em decisões posteriores o BGH afinou o requisito de originalidade dos programas de computador a praticar pelo critério prescrito pelo legislador comunitário (v. BGB — “Buchhaltungsprogramm”, CR 1993, p. 753 s.; BGB — “Holzhandelsprogramm”, CR 1994, p. 275 s.; v., ainda, Haberstumpf, NJW-CoR 1994, p. 164 s.), em termos de dizer-se, actualmente, que: “Urheberrechtsschutz für Computerprogramme ist also jetzt die Regel, ihre fehlende Schöpfungshöhe die Ausnahme” (Rehbinder, *Urheberrecht*, p. 96; sobre o impacto geral desta orientação quanto ao critério do “nível de criatividade”, Schrickler, IIC 1995, p. 41).

⁽⁸⁸⁹⁾ Cons. 15, 16, 39 DBD. Apesar de harmonizado em termos mínimos, o

critérios a aplicar para apreciar se um programa de computador constitui ou não uma obra original, não se deverá recorrer a testes dos seus méritos qualitativos ou estéticos” (888).

Por outro lado, a configuração do requisito da originalidade em termos mínimos e de neutralidade estética é também consagrada para as bases de dados. Nos termos do art. 3.º, 1, “as bases de dados que, devido à selecção ou disposição das matérias, constituam criação intelectual específica do respectivo autor, serão protegidas nessa qualidade pelo direito de autor. Não serão aplicáveis quaisquer outros critérios para determinar se estas podem beneficiar dessa protecção”.

O ponto resulta inequívoco por referência ao preâmbulo, onde se lê que “os critérios aplicados para determinar se tais bases de dados são susceptíveis de beneficiar da protecção pelo direito de autor deverão limitar-se ao facto de constituírem uma criação intelectual própria do autor, ao efectuar a selecção

requisito da originalidade significa que não bastará o “suor da testa” (“sweat of the brow”) para que as bases de dados beneficiem da protecção pelo direito de autor, sendo antes necessária a existência de uma “criação intelectual própria do autor”. Isto significa, por exemplo, que os regimes de protecção das compilações de dados e outros produtos de informação não originais, como o holandês *geschriftenbescherming*, sustentado na jurisprudência firmada no caso *Hoge Raad* a partir dos termos “all other things” constante do catálogo legal de obras destinadas a publicação (cf. Hugenholtz, *Protection of and vis-à-vis databases* (The Netherlands), p. 493), serão eliminados pelo critério de originalidade instituído a nível comunitário.

Critério este que, aliás, converge com a jurisprudência estadunidense mais recente. Com efeito, no caso *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co. Inc.* (1991), relativo à protecção pelo direito de autor de uma lista telefónica, o Supremo Tribunal dos EUA, criando um precedente jurisprudencial, decidiu que uma compilação de factos não é protegida pelo direito de autor se for “óbvia e banal” por não ser satisfeito o requisito da originalidade, o qual significa que a obra “necessitates independent creation plus a modicum of creativity”, pondo em destaque que uma obra só será protegida pelo direito de autor se possuir pelo menos “some minimal degree of creativity” (v. Leaffer, *Database Protection in the United States*, p. 501 s., com referência a outros casos, antes e *post Feist*, na jurisprudência estadunidense; v., ainda, por ex., Hayden, Harvard JL&T 1991, p. 215 s.; Strong, JCP 1994, p. 39 s.).

Todavia, alguma doutrina ainda refere o requisito da originalidade ao esforço investido ou “suor na testa”, considerando que “existe uma relação recíproca entre criatividade e esforço independente. Quanto menor o esforço (por ex., duas palavras), tanto maior deve ser o grau de criatividade em ordem a reclamar protecção pelo *copyright*” (Nimmer/Nimmer, *Nimmer on Copyright*, I, § 2: 18-1: “There is a reciprocal relationship between creativity and independent effort. The smaller the effort (e.g., two words) the greater must be the

ou disposição do conteúdo da base de dados”, não devendo “aplicar-se outros critérios que não o da originalidade, na aceção da criação intelectual, para determinar se a base de dados é susceptível de protecção pelo direito de autor, e que, em especial, não deverão intervir critérios estéticos ou qualitativos”; sendo nestas condições, em suma, que se afere a “protecção pelo direito de autor da originalidade da selecção ou disposição do conteúdo da base de dados” (889).

§ 42. AUTORES E TITULARES DE DIREITOS

1. Quanto ao regime da autoria e dos beneficiários de protecção o legislador comunitário prescreveu regras semelhantes para os programas de computador e para as bases de dados. Correspondem, de um modo geral, a situações diversas na tradição jurídica dos Estados-membros.

Para começar, distingue consoante tenham sido criados por uma pessoa singular ou por um grupo de pessoas (890). Para o caso de terem sido criados por um grupo de pessoas, dispõe a regra segundo a qual os direitos

degree of creativity in order to claim copyright protection.”). Todavia, este requisito tende a ser omitido. Assim, Goldstein, numa análise global dos requisitos de protecção, incluindo a originalidade, considera que “a Lei do *Copyright* não impõe qualquer requisito de mérito estético como condição de protecção. [...] A Lei impõe, contudo, três requisitos como condição de protecção para todas as formas de obras de outro modo não protegíveis pelo ‘direito de autor’: a obra deve ser original no sentido de que não foi copiada de outra fonte; a obra deve consistir em ‘expressão’ e não apenas ‘ideias’; e a obra deve estar imbuída num médium tangível de expressão, especificamente uma cópia ou gravação sonora” (Goldstein, *Copyright*, I, § 1: 4, 5). Em sentido próximo, Merger/Menell/Lemley, *Intellectual Property*, p. 329: “Two fundamental criteria of copyright protection — originality and fixation in a tangible form — are restated in the first sentence of this cornerstone provision. [...] This standard [originality] does not include requirements of novelty, ingenuity, or esthetic merit, and there is no intention to enlarge the standard of copyright protection to require them”).

(890) Art. 2.º, 1, 1.ª parte, DPC (“o autor de um programa é a pessoa singular ou o grupo de pessoas que criaram o programa”), art. 4.º, 1, 1.ª parte, DBD (“o autor de uma base de dados é a pessoa singular ou o grupo de pessoas singulares que criou a base”).

(891) Art. 2.º, 2, DPC (“Caso um programa de computador tenha sido criado conjuntamente por um grupo de pessoas singulares, os direitos exclusivos pertencerão conjuntamente às mesmas”), art. 4.º, 3, DBD (“Se uma base de dados tiver sido criada conjuntamente por várias pessoas singulares, os direitos exclusivos pertencer-lhe-ão exclusivamente”).

(892) Art. 2.º, 1, 2.ª parte, DPC (“Quando a legislação do Estado-membro reconhecer

exclusivos pertencem-lhes conjuntamente ⁽⁸⁹¹⁾, o que, entre nós, corresponderá, em princípio, à regra da atribuição da titularidade dos direitos exclusivos nas chamadas obras feitas em colaboração. Para além destas situações, é, ainda, prevista a regra de atribuição da titularidade dos direitos exclusivos no caso das chamadas obras colectivas.

as obras colectivas, a pessoa tida pela legislação do Estado-membro como tendo criado a obra é considerada pelo seu autor”).

⁽⁸⁹³⁾ Art. 4.º, 3, DBD. É visível uma “evolução” dos termos em que o legislador comunitário abordou o problema das chamadas obras colectivas. Trata-se, com efeito, de uma figura controversa, que a nossa lei também reconhece, mas que a lei alemã não acolhe, sendo a figura mais próxima as chamadas “Sammelwerke” (§4 UrhG). Em França, como vimos, dispõe o Art. L. 113-2 CPI, que: “Diz-se colectiva a obra criada por iniciativa de uma pessoa física ou moral que a edita, a publica e a divulga sob sua direcção e em seu nome e na qual a contribuição pessoal de diversos autores participantes na sua elaboração se funde no conjunto em vista do qual ela é concebida, sem que seja possível atribuir a cada um deles um direito distinto sobre o conjunto realizado”. Como elementos constitutivos deste “tipo” de obras apontam-se, por um lado, a existência de um “maître d’oeuvre”, que controla o processo de criação da obra (iniciativa, organização) e a divulga sob sua direcção e em seu nome, e, por outro lado, uma pluralidade de contribuições pessoais que se fundem num conjunto em vista do qual foram concebidas, sem que seja possível atribuir a cada pessoa um direito distinto sobre o conjunto realizado. A importância deste tipo de obras resulta da circunstância de a “propriedade” sobre a obra colectiva ser atribuída, salvo declaração em contrário, à pessoa física ou jurídica *stricto sensu* em nome da qual ela é divulgada, a qual é, portanto, investida na qualidade de titular dos direitos (Art. L. 113-5 CPI). Como vimos *supra*, esta solução vigora noutros países latinos, como Itália (art. 6.º LDA) e Espanha (art. 8.º, 1 e 2, LPI). Referimos, também, que a nosso ver, esta figura não importa necessariamente um desvio ao princípio fundamental do modelo de *droit d’auteur*, segundo o qual autor é a pessoa humana que cria uma obra literária ou artística e a quem é, por esse facto, atribuído originariamente o direito de autor; a obra colectiva será uma regra de atribuição de direitos através da técnica da *cessio legis*.

Por outro lado, as obras colectivas dos países latinos distinguem-se dos *collective works* do sistema de *copyright*. Escreve-se a este respeito no direito inglês que a “expressão ‘obras colectivas’ não foi definida na Lei [CPDA], mas era definida na Lei de 1911. Trata-se de obras como as enciclopédias, antologias, revistas, jornais, isto é, qualquer obra que abarca um número de contribuições de diferentes autores. [...] No que respeita às obras colectivas, pode haver uma série de direitos de autor separados. Há o direito de autor sobre a obra colectiva enquanto tal, que pertence ao compilador editorial, e direito de autor em relação a cada contribuição separada, que pertence ao autor da contribuição [contributor]” (Phillips/Durie/Karet, *Whale on Copyright*, p. 54). Acresce que a noção francesa de obra colectiva parece corresponder mais ao conceito de “joint works”, nos quais a contribuição de cada autor não se distingue das demais: “A Secção 10 dispõe que

Para os programas de computador, dispõe que, se o programa for de qualificar, em face das legislações nacionais dos Estados-membros, como obra colectiva, então é considerado como autor do programa a pessoa tida pela referida legislação como tendo criado a obra ⁽⁸⁹²⁾. Para as bases de dados, dispõe, em termos não inteiramente coincidentes, que: “Se a legislação do Estado-membro reconhecer as obras colectivas, os direitos patrimoniais pertencerão à pessoa investida no direito de autor” ⁽⁸⁹³⁾. Depois, independentemente de a obra ter sido criada por uma pessoa singular ou por um grupo de pessoas, se a legislação dos Estados-membros o permitir, será a autoria do programa atribuída à pessoa colectiva indicada por essa legislação como titular dos direitos ⁽⁸⁹⁴⁾.

2. Estas regras, que, no essencial, compossibilitam a diversidade de

uma obra de autoria conjunta é a que é produzida pela colaboração de dois ou mais autores em que a contribuição de cada autor não é distinta da dos outros”. (Phillips/Durie/Karet, *Whale on Copyright*, p. 53). Esta distinção entre as “collective works” e “joint works” está presente também na legislação estadunidense. No primeiro caso, a obra resulta de colaborações de diversos autores, as quais, todavia, não são separáveis ou independentes do todo unitário (17 US Code § 101: “A ‘joint work’ is a work prepared by two or more authors with the intention that their contributions be merged into inseparable or interdependent parts of a unitary whole”). No segundo caso, trata-se de um conjunto de várias obras (que podem ser de um só autor) reunidas num todo colectivo, sem perder, porém, sua individualidade, sendo abrangido no conceito de compilação (17 US Code §101: “A ‘collective work’ is a work, such as a periodical issue, anthology, or encyclopedia, in which a number of contributions, constituting separate and independent works in themselves, are assembled into a collective whole”).

⁽⁸⁹⁴⁾ Art. 2.º, 1, 2.ª parte, DPC; art. 4.º, 1, *in fine*, DBD.

⁽⁸⁹⁵⁾ Art. 2.º, 3, DPC. Esta disposição consagra, com efeito, uma norma dispositiva de especial importância, não apenas no quadro das relações contratuais de trabalho, mas também no que respeita ao problema dos *direitos de natureza pessoal* em matéria de programas de computador. Ao dispôr que, salvo estipulação contratual em contrário, só o empregador ficará habilitado a exercer todos os *direitos de natureza económica* relativos a um programa de computador criado por um trabalhador por conta de outrem, no exercício das suas funções ou por indicação do seu empregador, oferece um critério, ainda que dispositivo, para a solução do problema de saber, nos contratos de trabalho, que direitos sobre o programa cabem ao trabalhador e ao empregador, consagrando o princípio fundamental segundo qual, os direitos de autor são originariamente adquiridos pelo trabalhador-criador, sendo, depois, derivadamente, os *direitos de natureza económica*, na ausência de disposição contratual em contrário, “transmitidos” ao empregador. “Transmissão” esta que opera, respectivamente, seja nos termos de uma licença legal exclusiva, na

regime dos Estados-membros em sede de autoria e atribuição da titularidade do direito de autor, são complementadas, no domínio dos programas de computador, por uma norma dispositiva para os contratos de trabalho, que habilita exclusivamente o empregador, salvo disposição contratual em contrário, a exercer todos os direitos de natureza económica quando um programa de computador for criado por um trabalhador por conta de outrem, no exercício das suas funções ou por indicação do seu empregador ⁽⁸⁹⁵⁾; regra esta que, apesar de não ter sido consagrada para as bases de dados, sempre se considerou que o “regime aplicável à criação assalariada fica sujeito ao poder discricionário dos Estados-membros”, que em nada são impedidos pela directiva “de especificarem na respectiva legislação que, quando uma base de dados for criada por um empregado no exercício das suas funções ou por indicação da sua entidade patronal só este ficará habilitado a exercer todos os direitos patrimoniais relativos à base assim criada, salvo disposição contratual em contrário” ⁽⁸⁹⁶⁾.

Neste sentido escreve Victoria Rocha que: “Propositadamente, a Directiva não resolve a questão do regime aplicável à criação assalariada, deixando-a ao poder discricionário dos Estados-membros. Isto significa que a Directiva em nada impede os Estados-membros de determinarem que quando uma base de dados for criada por um empregado no exercício das suas funções ou por indicação da sua entidade patronal só esta ficará habilitada a exercer todos os direitos patrimoniais relativos à base de dados em causa, salvo disposição em contrário.” ⁽⁸⁹⁷⁾ Favorável à via oposta parece inclinar-se Lourenço Martins, considerando que: “Nada impede mas, como se disse nada obriga... [...] o

concepção monista germânica (“gesetzliche Lizenz”, Lehmann NJW 1991, p. 2113), seja, na concepção dualista do *droit d’auteur*, nos termos de uma cessão legal (Vivant, JCP 1994, p. 435) ou “aquisição derivada automática” (Ristuccia e Zeno-Zencovich, DII 1994, p. 241). Na proposta de directiva era prevista uma regra de teor idêntico para os contratos de encomenda, cuja eliminação se deve ao Conselho de Ministros (desenvolvidamente sobre os trabalhos preparatórios, Vinje, *The Legislative History*, p. 39 s.).

⁽⁸⁹⁶⁾ Cons. 29 DBD. Na proposta de directiva previa-se expressamente uma disposição de teor semelhante, nos termos da qual: “Quando uma base de dados for criada por um trabalhador por conta de outrem, no exercício das suas funções ou por indicação do seu empregador, só o empregador ficará habilitado a exercer todos os direitos de natureza económica relativos à base de dados assim criada, salvo disposição contratual em contrário” (art. 3.º, 4, Proposta DBD).

⁽⁸⁹⁷⁾ Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 201.

⁽⁸⁹⁸⁾ Lourenço Martins, *Direito da Informática*, II, p. 70-1.

legislador nacional ao proceder à transposição da Directiva *não é obrigado*, como no caso dos programas de computador, a seguir imperativamente qualquer regime. O estatuto a consagrar fica à sua ‘discrição’” (898).

Assim, vemos que se trata de um regime não destinado claramente a favorecer a entidade empregadora, investindo-a no exercício de direitos económicos. Não vai ao ponto de impor a solução *works made for hire* de tipo *copyright*, embora permita que os Estados-membros a consagrem. Mas não deixa de ressaltar a lógica que acentua a vertente empresarial do direito de autor. Apesar de se tratar de soluções destinadas para certos tipos de obras de natureza utilitária, ou mesmo híbrida (programas de computador) no quadro geral dos objectos da propriedade intelectual, a verdade é que não deixa de revelar uma tendência de favorecer a protecção do investimento em detrimento pela protecção do autor.

Com efeito, como pergunta Dietz a propósito da orientação comunitária: “Besteht aber nicht auch hier die Tendenz, die man auch als Gefahr deuten kann, daß gleichsam von der Peripherie her Stück um Stück harmonisiert wird und sodann diese Linie ins Kerngebiet des Urheberschaffens fortgesetzt wird?” (899)

§ 43. O SILÊNCIO DOS DIREITOS MORAIS

1. Entramos agora no domínio em que o legislador comunitário consagrou medidas algo inovadoras, tendo revelado uma certa originalidade, quer na caracterização do conteúdo da protecção, quer, mesmo, na criação de novas figuras no quadro dos direitos de autor, que trataremos em capítulo autónomo.

A estrutura de regulamentação analisa-se, por um lado, na definição positiva dos direitos de autor relativos a programas de computador e bases de dados como direitos exclusivos de efectuar ou autorizar certos actos. Por

(899) Dietz, *Das Urhebervertragsrecht*, p. 19.

(900) Trata-se, no fundo, como diz o Prof. Oliveira Ascensão, “da especificação dos actos de uso privado admissíveis. Especificação extremamente difícil e susceptível de causar os maiores problemas”, acrescentando, ainda, que “as faculdades apontadas não aparecem como um exercício normal da liberdade do utilizador. Só surge *como excepção à excepção*; como excepção à proibição excepcional do uso privado” (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 344; trata-se de uma posição consonante

outro lado, traduz-se na exclusão de determinados actos desta área de reserva exclusiva, considerados excepções ou limitações aos direitos de autor instituídos. Na definição dos contornos positivos e negativos do regime destes direitos são identificáveis três princípios informadores.

Com efeito, razões de interesse geral, como sejam, por ex., a promoção da concorrência no mercado da informação e razões de protecção dos interesses do utilizador legítimo de bens informáticos⁽⁹⁰⁰⁾, impõem certos limites ao exclusivo de exploração económica atribuído. Como elemento de unificação desta diversidade de interesses acolhidos no seio dos regimes instituídos, e que se manifesta também em sede do âmbito, objecto, requisitos de tutela, bem como nas regras de autoria e titularidade, tem sido proposta a recondutibilidade desta matéria “ao sector do direito de empresa”⁽⁹⁰¹⁾.

Para isso não deixará certamente de contribuir o facto de, para além das faculdades relativas à exploração económica, não ter disposto expressamente preceitos destinados a proteger os direitos morais dos criadores, levantando-se o problema de saber como interpretar o silêncio do legislador comunitário quanto a este ponto. Ou seja, por outras palavras, o legislador comunitário delimitou, positiva e negativamente, os direitos de autor relativos aos programas de computador e às bases de dados apenas na sua dimensão patrimonial, não tendo harmonizado as faculdades de natureza pessoal destes direitos.

2. Com efeito, tendo sido adoptado o direito de autor como instituto jurídico adequado à protecção de programas de computador e bases de dados, põe-se, desde logo, o problema de saber como interpretar o seu silêncio relativamente aos direitos morais, pois que nada dispôs expressamente a esse respeito. Assim, em matéria de programas de computador, apesar de ter determinado a sua protecção, enquanto obras literárias, mediante a concessão de direitos de autor, na acepção da Convenção de Berna, e de ter definido o conteúdo dos direitos de natureza económica, já nada disse expressamente quanto aos chamados direitos morais.

Mas significará este silêncio que os Estados-membros poderão amputar a dimensão pessoal dos direitos de autor, não reconhecendo aos criadores de

com o pressuposto de que “o grande princípio do Direito de Autor é o da *liberdade do uso privado*” — p. 338).

⁽⁹⁰¹⁾ Gaggero, *La protection des bases de données*, p. 367 (apoiando-se em Guido Alpa).

⁽⁹⁰²⁾ Cfr. art. 2.º, 3, art. 9.º, 1, DPC

⁽⁹⁰³⁾ Esta é a posição que temos sustentado (*Contratos de ‘Software’*, p. 65).

programas de computador direitos morais? Por argumento *a contrario* da letra de alguns preceitos da Directiva Programas de Computador (⁹⁰²), parece resultar que o legislador comunitário não terá querido sujeitar os programas de computador a um regime diferente do das restantes obras literárias: será o

(⁹⁰⁴) Com efeito, para além de direitos de natureza económica, parece o art. 2.º, 3, DPC reconhecer que o autor do programa tem direitos de natureza pessoal. Nas palavras de Franceschelli, esta disposição “fa salvo il diritto morale dell’autore” (Franceschelli, RDI 1991, p. 179). Direito moral este cuja protecção é referida ao mínimo garantido pela Convenção de Berna, enquadrando a protecção jurídica internacional dos programas de computador, considerados como obras literárias, neste “funktionierendes internationales Vertragssystem” (Lehmann, NJW 1991, p. 2114).

Ora, os direitos de autor são direitos de conteúdo misto, pessoal e patrimonial. As obras de engenho (bem como as invenções) são valores *de per se*: são expressão de uma personalidade criadora, que, uma vez discerníveis, ganham autonomia em face dos meios que as sensibilizam ou exteriorizam (*corpus mechanicum* em que virtualmente se expõem) e em face da própria personalidade criadora, oferecendo-se como um *ente a se*, capaz de fruição económica exclusiva, e, nessa medida, como objectos de domínio — justificando, assim, uma tutela independente da tutela da personalidade como da tutela dos meios ou objectos corpóreos que são o seu suporte sensível (Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, p. 191, n. 2). A Directiva Programas de Computador vinculou os Estados-membros a protegerem os programas de computador mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na acepção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, no sentido de que “cada criador de programas de computador fundamentalmente não deve receber nem mais nem menos direitos do que qualquer outro autor de uma obra literária” (Lehmann, CR 1992, p. 324: “Jeder Schöpfer von Computerprogrammen soll grundsätzlich nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte erhalten wie jeder andere Urheber eines literarischen Werkes”).

Contudo, se, por um lado, definiu o *licere* dos direitos exclusivos de exploração económica, de que os programas são objecto — nele englobando as faculdades de reprodução, tradução e adaptação, e distribuição (art. 4.º DPC) —, já, por outro lado, relativamente aos direitos morais nada disse expressamente. Porém, não parece que se deva interpretar o silêncio do legislador comunitário quanto a este ponto, concluindo, nomeadamente, que não quis “reconhecer direitos morais” ao autor de um programa de computador. Antes, pelo contrário, decorre da consagração da Convenção de Berna como referência nuclear dos direitos de autor a conceder pelos Estados membros a estas obras uma diferente compreensão do *silêncio* do legislador comunitário. Compreensão essa não favorável ao “estrangulamento [...] do direito moral” (Vivant, JCP 1994, p. 436). Com efeito, o próprio texto de alguns preceitos é susceptível de suportar tal entendimento. Primeiro, ao dispôr que “quando um programa de computador for criado por um trabalhador[...] só o empregador ficará habilitado a exercer todos os direitos de natureza económica” (art. 2.º, 3, DPC), parece reconhecer, *a contrario*, direitos morais ou de natureza pessoal ao criador intelectual. Mesmo os Autores ingleses consideram que “isto

seu silêncio, digamos, um silêncio eloquente ⁽⁹⁰³⁾.

Por outro lado, intimamente ligado a este problema encontra-se aquele outro de saber qual o sentido da referência à Convenção de Berna no art. 1.º, 1,

é sem dúvida destinado para preservar os direitos morais no empregado” (Tapper, *Perspective from the United Kingdom*, p. 148: “this is no doubt designed to preserve moral rights in the employee”). Segundo, ao prescrever que “as disposições da presente directiva não prejudicam *quaisquer outras disposições legais, nomeadamente* relativas a direitos [...]” (art. 9.º, 1, DPC), está a permitir a aplicação de outras disposições legais *também de natureza jurídico-autoral* e, em especial, as relativas aos direitos morais. Terceiro, ao prescrever, logo no art. 1.º, 1, que os programas serão protegidos por direitos de autor, enquanto obras literárias na acepção da Convenção de Berna, e, ao considerar que “a presente directiva não afecta as disposições previstas nas legislações nacionais de acordo com a Convenção de Berna, sobre pontos não abrangidos pela presente directiva” (cons. 28), o legislador comunitário vinculou, em nosso entender, os Estados-membros a reconhecerem ao criador de um programa os direitos morais mínimos prescritos obrigatoriamente pela Convenção de Berna. Nas palavras de Cornish, “a Directiva CE torna clara a sua intenção de que os Estados-membros da Comunidade devem tratar os programas de computador como obras literárias no sentido da Convenção de Berna, uma vez que tal é declarado não meramente nos considerandos 25 e 28, mas no próprio art. 1.º, 1. Como os Estados da CE já estão no quadro de Berna, eles devem [...] tratar as obras literárias de acordo com as suas obrigações face à Convenção” (Cornish, *Computer Programs and the Berne Convention*, p. 191). Em suma, e porque da concessão de direitos de autor se trata, é o silêncio do legislador comunitário um “silêncio eloquente”, pois que pressupõe e pre-compreende a tutela do direito moral do autor de um programa de computador no quadro da Convenção de Berna. Em sentido próximo, veja-se, agora, J. Alberto Vieira, *Notas gerais*, p. 86.

⁽⁹⁰⁵⁾ Refira-se, a propósito, que no Brasil o novo regime especial dos programas de computador resolveu o problema do reconhecimento de direitos morais aos criadores de programas de computador segundo o mínimo garantido pela Convenção de Berna: “Não se aplicam aos programas de computador as disposições relativas aos direitos morais [v. Cap. II da Lei n.º 9.610, 19-02-1998], ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação” (art. 2.º, § 1.º, L.º 9.609, 19-02-1998).

⁽⁹⁰⁶⁾ A harmonização comunitária do direito de autor, se bem que não incida sobre o direito moral, parece ressaltar a sua protecção nos termos das legislações nacionais dos Estados-membros e da Convenção de Berna (v. Doutrélopont, GRUR Int. 1997, p. 293 s.). Este entendimento é reforçado pela Directiva Duração de Protecção: “a presente directiva não prejudica as disposições dos Estados-membros em matéria de direitos morais” (art. 9.º). Por outro lado, no caso Phil Collins (Procs. C-92-326/92, Ac. 20-10-1993), o objecto específico do direito de autor e dos direitos dos artistas intérpretes e executantes foi definido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como consistindo em

e a consideração de que a directiva “não afecta as derrogações nas legislações nacionais de acordo com a Convenção de Berna sobre pontos não abrangidos pela presente directiva” (cons. 28). E justamente um desses pontos tem a ver com os direitos morais ⁽⁹⁰⁴⁾ ⁽⁹⁰⁵⁾.

3. O problema põe-se, *mutatis mutandis*, para as bases de dados, uma vez que na letra das normas da Directiva Bases de Dados não se encontra qualquer referência expressa aos direitos morais ⁽⁹⁰⁶⁾. Não obstante, tal circunstância não autoriza necessariamente a interpretação segundo a qual o legislador comunitário não terá querido reconhecer direitos morais ao criador de bases de dados. Em termos semelhantes ao que ficou dito para os programas de computador, resulta do art. 4.º, 2 (“direitos patrimoniais”), bem como do

“assegurar a protecção dos direitos morais e patrimoniais dos seus titulares. A protecção dos direitos morais permite, nomeadamente, que os autores e artistas se oponham a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da obra que possa ser prejudicial à sua honra e à sua reputação”.

Assim, parece sustentável afirmar-se que o tribunal europeu terá consagrado a compreensão do direito de integridade em termos não absolutos, mas antes pela mediação do critério que, à semelhança de países como Itália, Bélgica, Alemanha, Canada e Suécia, está em certos termos consagrado no art. 6.º *bis* da Convenção de Berna, e que se refere ao prejuízo da honra ou reputação do autor. Como escreve Dietz, a “aplicação deste critério conduz a um conceito de ponderação de interesses como foi desenvolvido numa série de casos, por ex., pelos tribunais alemães. Isso significa que as alterações ou modificações no processo de exploração de uma obra exclusivamente ditadas por convicções artísticas ou estéticas e concepções de outras pessoas (especialmente o utilizador de uma obra) não seriam aceitáveis, ao passo que as [alterações ou modificações] ditadas por concretas condições técnicas, financeiras e circunstanciais da exploração da obra deveriam ser tomadas em consideração no processo de ponderação de interesses. Isto também é reconhecido no direito francês no caso especial de adaptações da obra, uma situação que, segundo as condições modernas, existe mais frequentemente do que se esperaria, uma vez que a adaptação no sentido técnico da palavra mas não necessariamente criativo, parece ser mais a regra do que a excepção. Uma vez que as situações em vários domínios, por ex., no sector dos livros, da imprensa, da indústria cinematográfica, do teatro, da ópera, do desenho e da arquitectura, e do multimedia, são tão diferentes, a ponderação de interesses terá que ser diferida em último termo para uma análise caso-a-caso. / Acresce a isso que, especialmente no caso do multimedia e de novos media interactivos, a protecção dos direitos morais contra alterações e adaptações não será disponível na medida em que a intervenção activa do terceiro utilizador da obra ou produto corresponder ao objectivo do próprio produto que foi autorizado pelo autor no contrato de exploração”. (Dietz, *Authenticity of Authorship and Work*, p. 174-5).

art. 13.º (a directiva não prejudica a aplicação de outras regras de direito de autor), que, para além dos direitos patrimoniais regulados pela directiva,

(⁹⁰⁷) Cons. 28. Assim, compreendida a eloquência do silêncio do legislador comunitário como o reconhecimento de direitos morais aos criadores de programas de computador e de bases de dados nos termos da Convenção de Berna, um outro problema é saber o conjunto de faculdades que são aí englobadas. Entre nós, o Prof. Orlando de Carvalho sustenta que o direito de personalidade de autor engloba diversas faculdades, também chamadas direitos morais. Em primeiro lugar, o “*direito de autoria*, isto é, a pertinência, *ex origine*, do direito de autor, quer na vertente juspeçoal (indisponível), quer na vertente jusdominial (disponível), ao criador intelectual da obra”: trata-se do “princípio da *auctorship* em matéria de direitos de autor [...] constitutivo da ordem pública portuguesa” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 543). Este *direito de autoria*, decorrente do princípio fundamental da *auctorship*, encontra-se implicitamente consagrado no art. 6.º *bis*, 1, da Convenção de Berna (“[...] mesmo após a cessão [...], o autor conserva [...]”), sendo traduzido no art. 2.º, 1, DPC (“o autor de um programa de computador é a pessoa singular ou o grupo de pessoas singulares que criaram o programa [...]”), e reafirmado no n.º 2 deste artigo (o direito de autor pertence *ab origine* ao trabalhador que cria um programa, sendo os direitos de natureza económica derivadamente adquiridos pelo empregador, nos termos desta norma dispositiva). Em segundo lugar, o *direito à paternidade da obra*, ou seja, “a faculdade de exigir que a obra seja considerada sua em qualquer hipótese ou circunstância — apondo-lhe o seu sinal de identificação (nome, pseudónimo ou ex-libris) [...], ou opondo-se a que outrem conteste essa paternidade ou use a obra como dele, etc., etc.” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 554). Trata-se do “direito de reivindicar a paternidade da obra” que a Convenção de Berna consagra no art. 6.º *bis*, 1. A terceira faculdade (ou direito moral) é a que o Prof. Orlando de Carvalho chama “*direito de inédito*, ou seja, o direito de decidir do *an*, do *ut* e do *quando* da publicação da obra”, isto é, da sua saída “do ‘círculo de reserva’ do sujeito”, beneficiando até esse momento do “regime da *res extra commercium*”, sustentando-se a não exigibilidade de uma declaração de vontade expressa para o exercício desta faculdade (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 544-5). Faculdade esta que, em nosso entender, a Convenção de Berna consagra. Na verdade, apesar de “não ser prevista pelo art. 6 *bis*” (Dietz, *Moral rights and technological challenge*, p. 533), parece ser sustentável que “nenhum sector doutrinal pretende excluir a divulgação do âmbito do direito moral” (Espin Canovas, *El derecho moral y la armonización*, p. 144). E, com efeito, dispõe o art. 3.º, 1-*a*, da Convenção de Berna que “são protegidos em virtude da presente Convenção: a) os autores nacionais de um dos países da União, pelas suas obras, *publicadas ou não*” (v. ainda art. 3.º, 3, obras publicadas, art. 5.º, 4-*c*). O que significa, a nosso ver, que não é requisito de protecção que a obra seja publicada (contra, porém, Zeno-Zencovich, DII 1992, p. 29). Em quarto e quinto lugar, o direito à integridade ou “*intangibilidade*” da obra e o direito à genuidade ou “*dignidade*” da obra (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 546), que se encontram definidos no art. 6.º *bis*, 1, da Convenção de Berna, como os direitos que ao autor se reconhecem “de se opôr a qualquer deformação, mutilação, ou outra modificação da obra ou a qualquer

assistem ao autor de bases de dados direitos morais.

E, se dúvidas restarem quanto à razoabilidade desta interpretação, por certo

outro atentado contra a mesma obra, prejudicial à sua honra ou à sua reputação”. Por último, a Convenção de Berna consagra ainda, no art. 14.º, 1, o *direito de sequência* que é, no entender do Prof. Orlando de Carvalho, “uma faculdade personalística [com] conteúdo patrimonial”: o “direito ‘moral’ de participação nas transações sucessivas da obra” (Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 546-7). Ora, para além de ser discutível tratar-se este de um direito moral propriamente dito, sempre cumpre observar que, nas palavras de Luiz Francisco Rebello, “diversamente de outros direitos consagrados na Convenção cuja observância é obrigatória para todos os países unionistas nos termos do respectivo art. 36.º, estes conservam a liberdade de incluir, ou não, o direito de sequência na respectiva legislação nacional, condicionando porém o seu exercício ao princípio da reciprocidade (art. 14.º *ter*, al. 2)” (Rebello, *Código Anotado*, p. 103). Por outras palavras, “trata-se de um direito de inclusão não obrigatória no direito interno, face à Convenção de Berna” (Baptista, *Direito de autor*, p. 1002; v., ainda, Ballesteros, *El viejo mundo del derecho de autor*, p. 47: “El droit de suite no forma parte del haz de derechos que conforman la protección mínima de Berna, sino que constituye una opción librada al criterio del legislador nacional”).

Ora, seguindo a arrumação doutrinal proposta pelo Prof. Orlando de Carvalho, os Estados-membros encontrar-se-iam vinculados a reconhecer ao criador intelectual um direito de personalidade de autor com um *licere* mínimo que englobasse as seguintes faculdades (ou “direitos morais”): o direito à autoria, o direito à paternidade, o direito de inédito, o direito à intangibilidade e o direito à dignidade da sua obra. No que respeita ao direito de sequência ou *droit de suite* previsto na Convenção de Berna, de referir que, para além de ser opcional e susceptível de sujeição a reciprocidade, não se aplica nem aos programas de computador nem às bases de dados. Todavia, a equiparação que o Prof. Orlando de Carvalho faz deste direito à pretensão remuneratória de *compensação suplementar*, prevista, entre nós, por ex. no art. 49.º CDAut (v. Orlando de Carvalho, *Direitos de personalidade de autor*, p. 547) poderia conduzir à consagração de uma figura semelhante. Porém, em regra considera-se que o *droit de suite* é um direito patrimonial (v., por ex., Gutiérrez Vicén, *El derecho de participación*, p. 150, e n. 2).

Note-se, porém, que, como adiante veremos, em sede legislativa terá prevalecido entre nós o entendimento de que “é absurdo falar de um direito pessoal sobre um programa de computador” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 475). Entendimento este que, aliás, não seria completamente contrário à letra e ao espírito das directivas, uma vez que, dentro dos “direitos económicos” é incluído expressamente o direito exclusivo de efectuar ou autorizar modificações do programa (art. 4.º-b DPC, art. 5.º-b DBD). De resto estas disposições parecem contrariar o art. 6.º *bis* da Convenção de Berna, na qual a modificação da obra é prevista como um acto susceptível de constituir atentado contra a obra prejudicial à honra ou à reputação do autor. Não obstante — *et pour cause* —, as directivas parecem não prejudicar a *ratio* do direito moral e que é justamente salvaguardar a honra e a reputação do autor; o que, a nosso ver, deverá valer também para os autores de programas.

(⁹⁰⁸) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 200 (referindo também o cons. 28).

dissipar-se-ão, se tivermos em conta a consideração de que “os direitos morais da pessoa que criou a base de dados pertencem ao autor e devem ser exercidos nos termos da legislação dos Estados-membros e da Convenção de Berna sobre a protecção das obras literárias e artísticas”, não se integrando tais direitos no âmbito da directiva ⁽⁹⁰⁷⁾. Neste sentido, sustenta-se que “a Directiva 96/9 determina que os direitos morais da pessoa singular que criou a base de dados pertencem ao autor e devem ser exercidos nos termos da legislação interna e da Convenção de Berna” ⁽⁹⁰⁸⁾.

Nessa medida, poderá dizer-se que, no mínimo, os criadores de programas de computador e de bases de dados, independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo após a cessão desses direitos, têm o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opôr a qualquer deformação, mutilação

⁽⁹⁰⁹⁾ Cf. art. 4.º-*b* DPC, art. 5.º-*b* DBD. Este resultado parece conflitar com a interpretação que fizemos da nossa lei. Dissemos que os actos de modificação, pela virtualidade lesiva dos seus efeitos potenciais em matéria de direitos morais, não poderiam, em princípio, integrar o conteúdo patrimonial alienável, apesar da importância do seu valor económico. Não obstante, o legislador comunitário terá entendido que nestes tipos de obras a virtualidade lesiva desses actos não se verificaria, pelo que terá incluído os actos de modificação nos direitos patrimoniais. Contudo, apesar disso, não parece que, nos termos da Convenção de Berna, todo e qualquer acto de modificação seja irrelevante em sede de direitos morais. O significado da inclusão de tais actos no exclusivo de exploração económica será outro, no sentido de não ser necessário, em última instância, o consentimento do autor para actos de modificação, embora não se excluindo que um acto de modificação que atinja o sentido individual do programa ou da base de dados possa prejudicar a honra e a reputação do autor.

Concordamos a este propósito com o critério proposto por Dietz e que parece corresponder à orientação comunitária, uma vez considerada a natureza dos programas de computador e das bases de dados. Nas suas palavras, um critério a ter em conta é “a natureza e o grau artístico de uma obra, mas não uma apreciação do seu valor estético. Os críticos de um tal conceito esquecem-se que as próprias leis do direito de autor, numa série de domínios como os programas de computador, os filmes e a arquitectura, já estabeleceram diversos padrões de protecção dos direitos morais para diferentes tipos de obras. Considero que a protecção absoluta contra modificações de uma só palavra ou sílaba é justificada, por ex., no caso de um poema mas não no caso de um pequeno artigo de notícias. Do mesmo modo, a colorização não deveria ser aceite no caso de um ambicioso filme a preto e branco, ao mesmo tempo que já poderá ser muito mais aceitável se aplicado a um filme puramente científico, colorizado *post festum* simplesmente em ordem a alcançar um melhor efeito de contraste”. (Dietz, *Authenticity of Authorship and Work*, p. 175-6).

Por outro lado, com as soluções consagradas em sede de programas de computador e de bases de dados electrónicas, o legislador terá aberto precedentes importantes para o

ou outra modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma obra, que possam prejudicar a sua honra ou a sua reputação, nos termos do art. 6.º *bis* da Convenção de Berna revista. Note-se, porém, que o reconhecimento de direitos morais aos criadores de programas de computador e de bases de dados, ainda que nestes termos mínimos, deverá ser ponderado com a circunstância de o legislador comunitário ter configurado os direitos exclusivos de natureza económica em termos de neles incluir, expressamente, o direito de modificação (909).

regime dos direitos morais no ambiente digital e da interactividade. Note-se, todavia, que trata-se estas de obras marcadamente utilitárias, pelo que não deverão servir de padrão para todo e qualquer tipo de obras. Cumpre referir que a Comissão, em ordem superar o “entrave” que os direitos morais constituiriam para algumas categorias de exploradores de serviços, abriu um processo de consulta onde questionava as partes interessadas sobre, *inter alia*, a possibilidade de resolver por via contratual as questões ligadas ao direito moral (por ex., no momento de colocação na rede ou mesmo da digitalização, o autor seria levado a aceitar determinadas modificações da obra, como por exemplo, a dobragem, a legendagem, a reformatação, etc.), bem como a possibilidade de prever presunções de aceitação de determinadas modificações implícitas no acordo dado pelo autor à digitalização (Livro Verde 1995, p. 67-8). Na sequência das respostas das partes interessadas considerou-se que a digitalização comportava alguma manipulação inicial dos objectos protegidos, pois que uma vez digitalizada e explorada através das redes, a facilidade de manipulação permite que praticamente qualquer pessoa possa ir buscar a obra protegida, alterá-la sob variadíssimas formas (reformulando-a, variando as cores, redimensionando-a) e depois torná-la novamente acessível ao público na sua forma revista. Em suma, a digitalização, conjugada com a interactividade, aumentaria muito os riscos de violação dos direitos morais. Porém, considera-se que: “Nem todas as alterações a uma obra constituirão, todavia, uma violação dos direitos morais; com efeito, se a modificação/alteração não é susceptível de prejudicar a reputação do titular do direito, só serão afectados os direitos patrimoniais (por exemplo, o conhecido direito de adaptação). Na Sociedade da Informação, uma aplicação estrita dos direitos morais pode mesmo revelar-se contraproducente. Poderá ser necessária uma certa flexibilidade a nível da aplicação dos direitos morais, dependendo dos tipos de obras em questão, das formas de exploração das mesmas e do contexto contratual.” (Seguimento 1996, p. 27). Em termos próximos, o Comité Económico e Social pronunciara-se no seu Parecer sobre o Livro Verde 1995, no sentido de que as “crescentes transacções transfronteiras de que as obras são objecto levam a que, muito mais do que anteriormente, se imponha a necessidade de harmonização. No entender do Comité, a facilidade com que as obras digitais podem ser alteradas aponta, pelo menos ao nível previsto na Convenção de Berna, para a consagração de um direito moral forte. No entanto, em determinados casos específicos, poder-se-ia prever uma derrogação deste direito”. (Síntese do Parecer).

§ 44. CATÁLOGO DE DIREITOS PATRIMONIAIS

Único. Se em matéria de direitos morais o legislador optou pelo “silêncio eloquente”, já em sede de direitos económicos definiu o conteúdo patrimonial em termos pormenorizados. De um modo geral, dispõe que os direitos de autor a conceder pelos Estados-membros para a protecção jurídica dos programas de computadores enquanto obras literárias, devem incluir no seu *licere* determinadas faculdades mínimas de natureza económica, como sejam o direito exclusivo de efectuar ou autorizar a reprodução, a tradução, adaptação e outras modificações, e a distribuição ao público do programa ou de cópias suas (art. 4.º DPC).

Relativamente às bases de dados, prescreve que o autor de uma base de dados beneficia do direito exclusivo de efectuar ou autorizar os seguintes actos relativos à forma de expressão protegida pelo direito de autor: *a)* a reprodução permanente ou provisória, total ou parcial, por quaisquer meios e sob qualquer forma; *b)* tradução, adaptação, transformação ou qualquer outra modificação; *c)* qualquer forma de distribuição da base ou de uma cópia ao público; *d)* qualquer comunicação, exposição ou representação pública; *e)* qualquer reprodução, distribuição, comunicação, exposição ou representação dos resultados dos actos citados na al. *b)*.

Distinguem-se, portanto, em termos gerais, quatro tipos de actos cuja prática é reservada em exclusivo ao titular dos direitos. Com efeito, as faculdades que integram o *licere* do direito exclusivo de exploração económica dos programas de computador e das bases de dados são, em suma, as seguintes: reprodução, transformação, distribuição do original, cópias ou derivados, e, ainda, para as bases de dados, expressamente, o direito de comunicação ao público (comunicação, exposição ou representação pública). Interessa, pois, analisar o significado de cada um destes grandes tipos de actos cuja prática é reservada em exclusivo ao titular de direitos.

§ 45. REPRODUÇÃO E CÓPIA DIGITAL

1. O direito de reprodução parece ser objecto de formulação em termos amplos. Com efeito, relativamente aos programas de computador, é prescrito o direito exclusivo de efectuar ou autorizar “a reprodução permanente ou transitória de um programa de computador, seja por que meio for, e independentemente da forma de que se revestir, no todo ou em parte.” (art. 4.º-*a* DPC). Assim sendo a utilização do programa estaria sempre sujeita a

autorização do titular de direitos, uma vez que exige a reprodução do programa, ainda que transitória, na memória de trabalho do computador. O mesmo valeria, *mutatis mutandis*, para a utilização de quaisquer outras obras por computador.

Todavia, acrescenta-se, depois que se as operações como o carregamento, visualização, execução, transmissão ou armazenamento constituírem tal reprodução, essas operações devem ser submetidas a autorização do titular do direito *se carecerem dessa reprodução* (art. 4.º-a, 2.ª parte, DPC). Ou seja, apesar da ampla proposição inicial, parece esta segunda parte da norma significar que operações como o carregamento, visualização, execução, transmissão ou armazenamento poderão não carecer dessa reprodução.

Vale isto por dizer que o termo reprodução é um conceito normativo, que não coincidirá, necessariamente, com uma noção técnica de reprodução. Nessa

⁽⁹¹⁰⁾ UK CDPA 1988 (§ 17(2), 2: “in any medium by electronic means”; 6: “copying in relation to any description of work includes the making of copies which are transient or are incidental to some other use of the work”; v. Tapper, *Perspective from the United Kingdom*, p. 151). Ainda neste sentido será importante referir que no *copyright* estadunidense entende-se que o carregamento de material protegido na memória de um computador constitui uma reprodução nos termos da 17USC § 102(a) [v., *inter alia*, caso *Sega Enterprises Ltd. v. Maphia* (Cal. 1994)]; na determinação deste conceito considera-se que são feitas cópias nos casos em que: 1.ª uma obra é carregada, seja num disco duro, disquete ou na ROM ou na RAM do computador, por mais do que um breve período; 2.ª quando uma obra imprimida é objecto de varrimento óptico através de *scanners* num documento digital; 3.ª quando outras obras, incluindo fotografias, filmes, ou fonogramas, são digitalizadas; 4.ª quando um documento digitalizado é objecto de carregamento ascendente (*uploading*) do computador de um utilizador para um sistema de *bulletin board* ou outro servidor; 5.ª quando um documento digitalizado é objecto de carregamento descendente de um BBS ou outro servidor; 6.ª quando um documento é transferido de um computador em rede de um utilizador para outro; 6.ª e, ainda, quando o computador de um utilizador é utilizado como terminal para aceder a um documento noutra máquina como hóspede BBS ou na Internet (cf. NII White Paper, p. 65-6). Este amplo conceito de reprodução, levado ao extremo, levantará o problema de saber, num futuro não muito distante, se o cérebro humano poderá constituir um suporte de fixação de obras protegidas pelo direito de autor. Aliás, não sendo a fixação em suporte material requisito de protecção das obras em alguns países, incluindo o nosso, questiona-se já hoje se o cérebro humano não será o único meio de armazenamento destas obras protegidas (Nimmer, Harvard JL&T 1996, p. 42: “the human brain might be the only storage medium for a copyrightable composition”).

⁽⁹¹¹⁾ Entre nós, a questão foi discutida, tendo as opiniões divergido, ora sustentando uma interpretação restrita do conceito de reprodução (Oliveira Ascensão, ROA 1990,

medida, caberia a cada Estado-membro determinar se tais operações seriam constitutivas, face ao respectivo direito de autor, de um acto de reprodução relevante.

E, com efeito, enquanto nos sistemas de *copyright* dos países de *Common Law* o seu conceito lato de reprodução englobaria todos os actos de colocação em memória de curta ou longa duração de uma obra em qualquer médium por meios electrónicos ⁽⁹¹⁰⁾, sendo, nessa medida, susceptível de abranger aquelas operações, já nos sistemas de direito de autor dos países de *Civil Law*, o conceito de reprodução seria mais restrito, juntando-se-lhe em especial o conceito de fixação ⁽⁹¹¹⁾.

Não obstante, no preâmbulo é feita uma distinção implícita entre

p. 106 s., e, *Direito de Autor*, p. 478; Veloso, *Portugal*, p. 188; Moura Silva, DJ, p. 271), ora sustentando uma interpretação ampla dessa noção, abrangendo a reprodução electrónica (Lopes Rocha, *Do direito da informática*, p. 30; Lourenço Martins, *Protecção jurídica do software*, p. 36; Rebello, *Introdução*, p. 201-2).

No direito comparado, podemos referir, por ex., que na Alemanha sustentou-se uma interpretação teleológica daquele preceito da directiva comunitária, no sentido de o aproximar do § 16 UrhG, considerando como susceptíveis de constituírem reprodução relevante (“Vervielfältigung”) apenas as operações que afectassem o interesse do criador de participar no resultado económico da exploração da sua obra. Tratar-se-ia de todas as operações de implantação em ROM e de armazenamento em disco duro, em disquete ou *streamer*. Já no âmbito das puras utilizações (“reine Benutzung”) irrelevantes em face do direito de autor, na expressão do BGH na decisão *Betriebssystem* (BGH, NJW, 1991, p. 1231), encontrar-se-iam as operações de carregamento e de mero funcionamento, que envolvessem, para o efeito, o armazenamento na RAM *als solche*, embora já não o armazenamento em RAM de vários computadores com uma mesma disquete, pois estar-se-ia a possibilitar uma utilização paralela do programa, afectando o interesse de participação do titular dos direitos de exploração (cfr. Lehmann, NJW 1991, p. 2114, n. 39; Dreier, CR 1991, p. 579; Becker, ZUM 1995, p. 244, Kappes, *Informationssammlungen*, p. 99).

⁽⁹¹²⁾ Trata-se, em geral, de operações que implicam, em regra, a reprodução temporária do programa, encontrando-se, em princípio, exclusivamente reservadas a autorização do titular dos direitos (v. Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 716; Verstrynge, DIT 2/1992, p. 9; Wiebe, CL&P 1993, p. 82; Vivant, JCP 1994, p. 437).

⁽⁹¹³⁾ Com efeito, “o carregamento e funcionamento do programa são actos que, embora exijam tecnicamente a reprodução do programa, requirendo, legalmente, portanto, autorização, são todavia implicitamente permitidos se o direito de utilizar o programa tiver sido adquirido” (Czarnota/Hart, *Legal protection*, p. 57). Nessa medida, estar-se-á perante algumas das faculdades que integram os direitos mínimos dos utilizadores legítimos: não podem ser proibidas por contrato, mas também não podem ser licitamente efectuadas sem a prévia autorização de utilização de uma cópia de um programa de computador por parte do respectivo titular dos direitos de exploração (v. Haberstumpf, GRUR Int 1992,

reprodução-cópia e reprodução-uso, no sentido de esta última não ser licitamente efectuada — apesar de em último termo não poder ser contratualmente proibida — se não tiver sido autorizada. É a “reprodução tecnicamente necessária” através das operações de carregamento e funcionamento, incluindo a acção de correcção dos respectivos erros, necessárias à utilização de uma cópia de um programa pelo seu legítimo utilizador (cons. 17). O que significa que não se trata de operações de todo juridicamente irrelevantes — sendo antes, em princípio, abrangidas pelo direito exclusivo de reprodução do titular ⁽⁹¹²⁾ —, pois que apenas podem ser efectuadas por quem tiver sido autorizado pelo titular dos direitos a utilizar o programa ⁽⁹¹³⁾.

Nessa medida, o legislador comunitário terá, implicitamente, adoptado um direito de reprodução de conteúdo semelhante ao dos sistemas de *copyright*, vinculando os Estados-membros de sistema de *droit d’auteur* a *enxertarem* no seu regime um direito exclusivo de reprodução com aquela extensão e

p. 719; Lehmann, NJW 1993, p. 1823). Não obstante reconhecermos a complexidade e delicadeza do problema — *et pour cause* —, neste sentido nos pronunciamos, parecendo-nos que a definição do requisito “se carecerem dessa reprodução” não teria sido deixada ao arbítrio dos Estados-membros, mas antes que tais operações só não careceriam dessa reprodução nos termos definidos pela própria directiva (v. *Contratos de ‘Software’*, p. 58).

⁽⁹¹⁴⁾ Estaremos perante mais exemplo de como a Directiva Programa de Computador é um compromisso entre tradições jurídicas diferentes dos Estados-membros em matéria de direitos de autor (Lehmann, NJW 1991, p. 2117, referindo-se à Directiva como “ein Kompromiß zwischen kontinentalen urheberrechtlichen und angelsächsischen Copyright-Denken”). De referir que, *inter alia*, acolheu o legislador italiano tal “ampia nozione di riproduzione” (Ristuccia/Zeno-Zencovich, DII 1994, p. 246; v., ainda, Fabiani, Rinaldi, DII 1994, p. 171, 259 s.), bem como o legislador francês (cf. Vivant, JCP 1994, p. 437).

⁽⁹¹⁵⁾ Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 213.

⁽⁹¹⁶⁾ Art. 5.º-a DBD. A formulação ampla do direito de reprodução é reconhecida pelos autores alemães (v. Lehmann, NJW-CoR 1996, p. 250; Berger, GRUR 1997, p. 176). A discussão travada em torno dos programas de computador repetiu-se para as restantes obras sob forma digital. Segundo o entendimento geral, o armazenamento permanente de obras sob forma digital em suportes de dados (por ex., discos duros, disquetes, CD-ROMs, fitas magnéticas) seria constitutivo de reprodução nos termos do § 16 I UrhG (v. Vinck, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 16, p. 180-2; Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 132-3; Koch, GRUR 1995, p. 468; Loewenheim, GRUR 1996, p. 834, *Urheberrechtliche Grenzen*, p. 81; Lehmann, *Digitalisierung*, p. 58). Todavia, ao lado das reproduções permanentes punha-se o problema das reproduções temporárias, tais como o armazenamento na memória de trabalho do computador ou em memória de

amplitude ⁽⁹¹⁴⁾. Ora, como justamente se observa: “A haver coerência no sistema legal, esta noção ampla de reprodução dever-se-á aplicar a qualquer categoria de obras armazenadas em forma digital, não apenas aos programas de computador.” ⁽⁹¹⁵⁾

2. Em termos inequivocamente amplos foi o conceito de reprodução definido para as bases de dados, articulando-se com a consagração, ao mesmo tempo, do direito de comunicação ao público. Com efeito, o direito de reprodução é definido como abrangendo a “reprodução permanente ou provisória, total ou parcial, por quaisquer meios e sob qualquer forma” ⁽⁹¹⁶⁾, sendo que esta noção é indiferenciadamente aplicável às bases de dados electrónicas. Ademais, já nada diz quanto a operações como o carregamento, o armazenamento ou a transmissão, parecendo pressupor a solução já encontrada em sede de programas de computador para o ambiente digital dos sistemas electrónicos de informação.

No quadro desta problemática, inaugurada pelos programas de computador e agora alargada a todo o ambiente digital de utilização informática de obras, parece firmar-se o critério segundo o qual “decisivo será sobretudo que um conjunto de dados — ainda que temporariamente armazenados — seja posto em perigo eminente de utilização sucedânea; [...] Por outro lado é de considerar

AB VNO AD OMNES

navegação (por ex., através do Browsing na WWW). Para alguns autores, estes casos não seriam constitutivos de reprodução por não haver “fixação corpórea” (“körperliche Festlegung”; v. Hoeren, *Softwareüberlassung*, p. 64; Spindler, ZUM 1996, p. 542 s.). Porém, a opinião dominante parece apontar no sentido de o carácter permanente não ser essencial ao conceito de reprodução, admitindo-se a prática de actos de reprodução em casos de armazenamento na RAM, em consoância com o entendimento de Ulmer de que a introdução de obras protegidas pelo direito de autor na memória de bases de dados computerizadas seria um acto constitutivo de reprodução (Ulmer, *Elektronische Datenbanken und Urheberrecht*, 1971, p. 36, 46, *apud*, Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 134; v., ainda, Koch/Schnupp, *Software-Recht*, p. 187-8). Porém, levanta-se ainda o problema das chamadas reproduções técnicas necessárias à utilização dos programas de computador e, de um modo geral, à utilização de obras por computador. Ora, apesar de alguns pronunciarem-se pela afirmativa, considerando que se estaria ainda perante actos de reprodução relevantes em face do direito de autor (v., por ex., Waldenberger, ZUM 1997, p. 179), outros, de acordo com a jurisprudência superior (BGB, CR 1994, p. 275-6: “Holzhandelsprogramm”), inclinam-se, em princípio, para a resposta negativa (v. Lehmann, *Richtlinie*, p. 12-13; Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 135; Becker, ZUM 1995, p. 244).

⁽⁹¹⁷⁾ Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 103, 113.

que um conceito de reprodução que abranja também puros actos de reprodução técnica deve ser limitado em parte através de especiais limites determinados. [...] A delimitação exacta em cada caso entre reprodução relevante e reprodução técnica possivelmente irrelevante em face do direito de autor deveria ser deixada à jurisprudência” (917).

3. Os termos amplos em que o direito de reprodução foi definido são objecto de reconhecimento na recente Proposta de Directiva. Na verdade, considera-se que: “A nível comunitário, o direito de reprodução foi harmonizado relativamente a duas categorias de obras, a saber, os programas de computador e as bases de dados. Estas directivas definem os actos de reprodução [...] de forma ampla e abrangem as reproduções temporárias” (918).

Por outro lado, nas Declarações Acordadas relativas ao Art. 1(4) do Tratado OMPI sobre direito de autor pode ler-se que “o direito de reprodução, tal como definido no Art. 9 da Convenção de Berna, e as excepções aí permitidas, aplicam-se plenamente no ambiente digital, em particular na utilização de obras em forma digital. Entende-se que o armazenamento de uma

(918) Proposta, p. 15 (note-se ainda que: “As directivas enumeram de forma exaustiva as excepções autorizadas. Não é permitida a ‘cópia privada’ de programas de computador e de bases de dados electrónicas”).

(919) De igual modo, v. Declarações Acordadas relativas aos arts. 7, 11 e 16 do Tratado OMPI sobre direitos conexos. Esta noção parece arredar o elemento de corporalidade do âmbito da noção tradicional de reprodução. No direito comparado, refira-se, por ex., que nos termos da lei francesa, “a reprodução consiste na fixação material da obra por todos os processos que permitem comunicá-la ao público de uma maneira indirecta”, podendo efectuar-se, nomeadamente, pela imprensa, desenho, gravura, fotografia e por qualquer outro processo de artes gráficas e plásticas, registos mecânicos, cinematográficos ou magnéticos (Art. L. 122-3 CPI). Ainda no direito comparado pode referir-se a lei japonesa que define o conceito como a reprodução em forma tangível (art. 2(xv) ‘reproduction’ means the reproduction in a tangible form by means of printing, photography, sound or visual recording or otherwise”).

(920) V. art. 7, 1 e 2, Basic Proposals e respectivas anotações. Será importante referir que a recente lei brasileira parece inspirar-se nesta orientação, ao consagrar um conceito de reprodução que caracteriza como “reprodução parcial ou integral” (art. 29.º, I) e dispendo, depois, que “o direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrónico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular (art. 30.º, § 1.º, Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências).

obra protegida sob forma digital constitui uma reprodução no sentido do Art. 9 da Convenção de Berna”⁽⁹¹⁹⁾. Esta Declaração Acordada surgiu na sequência da proposta de consagrar nos Tratados OMPI uma disposição relativa ao âmbito do direito de reprodução nos termos da qual este direito incluiria reproduções directas ou indirectas, permanentes ou temporárias, de qualquer maneira ou forma; todavia, caberia às legislações das Partes Contraentes limitar o âmbito deste direito nos casos em que a reprodução tivesse apenas por propósito tornar a obra perceptível ou fosse de natureza transitória, efémera ou incidental, e na medida em que tivesse lugar no decurso da utilização da obra autorizada pelo titular de direitos ou permitida por lei⁽⁹²⁰⁾. Ao que parece, a pressão das empresas de prestação de serviços em linha, de telecomunicações e de produção de *software* e *hardware* terá contribuído para a não adopção desta proposta, uma vez que receavam que um tal preceito as responsabilizasse pelas violações aos direitos de autor cometidas por terceiros, *maxime* utilizadores desses serviços⁽⁹²¹⁾.

Não obstante — *et pour cause* —, a Proposta, apresentada na linha traçada de “reconsiderar toda a estrutura do direito de reprodução tradicional e suas excepções legítimas”⁽⁹²²⁾, consagra uma disposição que estabelece uma definição ampla e abrangente do direito de reprodução para todo o material protegido por direitos de autor e direitos conexos, cobrindo todos os actos de reprodução relevantes, em linha ou fora de linha e sob forma material ou imaterial. Assim, são incluídas no âmbito deste direito, *inter alia*, a reprodução directa no mesmo ou num suporte diferente, a reprodução indirecta através de uma fase intermédia (por ex., o registo de uma radiodifusão que, por sua vez, foi feita com base num fonograma), independentemente da distância existente entre o local em que se situa a obra original e o local onde a cópia é feita; a reprodução temporária ou permanente, abrangendo os diferentes

⁽⁹²¹⁾ Por todos, Bechthold, ZUM 1997, p. 427.

⁽⁹²²⁾ Seguimento 1996, p. 9 (nesta linha seriam incluídos no conceito de reprodução, em princípio, os actos de leitura por varrimento óptico, o carregamento ascendente e o carregamento desce de material digitalizado, incluindo os actos de reprodução transitórios ou efémeros — p. 11). Refira-se, complementarmente, que, no Parecer sobre o Livro Verde 1995, o Comité Económico e Social tinha já considerado, em termos semelhantes, que a digitalização de uma obra (quer de forma permanente, quer transitória) constituiria uma forma de reprodução como outra qualquer, devendo, em princípio, ser tratada de igual modo; dado que tal não seria um princípio comum a todos os Estados-membros, as medidas de harmonização deveriam velar nesse sentido. (Síntese do Parecer).

⁽⁹²³⁾ Art. 2.º e Comentários ao Articulado, p. 27-8.

⁽⁹²⁴⁾ Art. 5.º, 1, e cons. 23.

actos que podem ocorrer num ambiente de rede, entendendo-se que o resultado de uma reprodução pode ser não apenas uma cópia permanente tangível, como um livro, mas também uma cópia temporária não visível da obra na memória de trabalho de um computador ⁽⁹²³⁾.

Ao mesmo tempo, porém, é proposta a delimitação negativa deste direito para permitir certos actos de reprodução temporária, como o armazenamento em memória tampão e de navegação, que fazem parte de um processo tecnológico e têm um carácter incidental ou efémero, uma vez que são efectuados com o único objectivo de possibilitar a utilização do material protegido e não têm, em si, qualquer valor económico ⁽⁹²⁴⁾. Trata-se de “uma excepção obrigatória ao direito de reprodução relativamente a certos actos técnicos de reprodução que são parte de um processo tecnológico e efectuados exclusivamente para executar outro acto de exploração de uma obra, [...] mas que não têm significado próprio. Aplica-se em especial ao ambiente em linha, mas também aos actos de reprodução que ocorrem no contexto da utilização de material protegido em formatos fora de linha. Nestes casos, justifica-se limitar o âmbito do direito de reprodução e proteger apenas os actos de reprodução que apresentam uma relevância económica distinta. A previsão de uma excepção obrigatória a nível comunitário é fundamental uma vez que tais reproduções auxiliares efémeras para a utilização final de uma obra ocorrerão na maior parte dos actos de exploração de material protegido, que assumirão frequentemente um carácter transnacional. Por exemplo, ao transmitir um ‘vídeo a pedido’ de uma base de dados na Alemanha para um computador pessoal em Portugal, esta descarga implicará uma cópia do vídeo, em primeiro lugar, no local da base de dados e, depois, em média, até pelo menos cerca de uma centena de actos efémeros de armazenagem durante a transmissão até Portugal. Uma situação divergente nos Estados-membros, em que uns exigem a autorização para tais actos auxiliares de armazenagem implicaria um risco significativo de entravar a livre circulação das obras e serviços, em especial dos serviços em linha que contenham material protegido” ⁽⁹²⁵⁾.

4. Numa breve apreciação, cumpre referir que esta Proposta parece alargar a todo o ambiente digital dos sistemas informáticos, *maxime* em rede, a noção ampla de reprodução consagrada na directiva bases de dados e, a nosso ver, constante já da directiva programas de computador. Retoma,

⁽⁹²⁵⁾ Proposta, p. 32.

ainda, a categoria das reproduções tecnicamente necessárias à utilização da obra no sentido de retirar ao exclusivo do titular de direitos o poder de impedir as “reproduções auxiliares efémeras para a utilização final de uma obra”, isto é, “os actos técnicos de reprodução que são parte de um processo tecnológico e efectuados exclusivamente para executar um outro acto de exploração de uma obra”. Como exemplos destes actos de reprodução técnica são mencionados o armazenamento em memória tampão e de navegação, pois que se entende que não têm em si qualquer valor económico. Sendo que este limite aplica-se também no ambiente fora de linha.

Todavia, esta Proposta alarga a todo o ambiente digital a lógica já presente na directiva programas de computador. Com efeito, apesar de estes actos de “reprodução auxiliar” não poderem ser proibidos, a verdade é que esses actos não passam disso mesmo, ou seja, actos auxiliares. Isto significa que, ainda que em privado, a possibilidade de utilização final da obra, seja em linha, seja fora de linha, não será excluída do poder de autorização do titular de direitos em relação à obra. E assim é uma vez que a utilização dessa obra implica a realização de uma cópia, ainda que temporária e não visível, na memória de trabalho de um computador, e este acto de reprodução é expressamente incluído no exclusivo de reprodução. Ou seja, o titular dos direitos não poderá impedir os actos de reprodução auxiliar à utilização da obra, mas já terá o poder de autorizar ou impedir previamente a utilização da obra.

5. A complexidade e sofisticação destes conceitos torna necessária a compreensão das realidades tecnológicas a que se dirigem. Na verdade, sem pretendermos fazer aqui uma descrição exhaustiva do modo de funcionamento como os materiais são disseminados e recebidos nas auto-estradas da informação, a que também se chama ciberespaço ou infra-estrutura global da informação, torna-se, porém, necessário compreender os seus termos elementares.

Para receber e enviar informação numa rede ampla como a Internet é exigida uma conexão, uma ligação de acesso. Embora existam várias maneiras de ligação à Internet, na maior parte dos casos esta ligação de acesso processa-se através de um prestador de serviços em linha (PSL, por ex., entre nós, “Telepac”, ou, nos EUA, os conhecidos “America Online” ou “CompuServe”). Assim, através de um dispositivo chamado modem, a ligação ao PSL faz-se pelo computador e uma linha telefónica. O PSL, por seu turno, liga os seus utilizadores à Internet. Uma vez isto feito, o utilizador, através do seu computador, pode aceder a informação armazenada noutros computadores ligados à Internet, pressupondo que estes computadores estão preparados para fazer a sua informação disponível. As utilizações comuns da Internet consistem

em enviar e receber correio electrónico (*e-mail*) e obter informação de outros computadores ligados em rede por todo o mundo. Se o utilizador quiser ver informação de outro computador, como que saltando páginas (*browsing*), o seu computador fará automaticamente uma cópia da informação requerida na memória de acesso (RAM). Se esta informação não for gravada pelo utilizador, desaparece normalmente depois de algum tempo ou quando o computador do utilizador é desligado.

Apesar de a Internet dar a impressão de que o utilizador está constantemente ligado ao computador onde a informação está a ser obtida, na realidade o utilizador está apenas ligado a esse computador o tempo suficiente para o chamado carregamento descendente da informação pedida. De outro modo, o utilizador monopolizaria o outro computador, barrando o acesso a outros utilizadores que quisessem aceder à informação oferecida por esse computador. O método operativo da Internet consiste em partilhar uma fonte através dos canais da rede, de maneira a que todos possam beneficiar da e aceder à informação disponível. Isto faz-se através de uma forma de troca de dados sujeitos a compressão digital, permitindo a vários utilizadores aceder à mesma informação, de uma maneira que, apesar de parecer simultânea, na realidade não é. A vantagem da Internet é que permite o acesso rápido a informação disponível em computadores por todo o mundo. Se não fosse possível fazer esta reprodução temporária, o acesso à informação seria mais lento, senão mesmo impossível ⁽⁹²⁶⁾.

Ora, à primeira vista, a Proposta parece permitir esta reprodução temporária, na medida em que consista num acto auxiliar tecnicamente necessário à utilização final da obra. Porém, não parece que, em rigor, assim seja. Os casos de memória tampão e de memória de navegação não constituem excepção ao princípio acima afirmado e que se traduz na faculdade de impedir essa reprodução na medida em que aquela utilização não tenha sido autorizada. É dizer, o titular de direitos pode controlar o acesso à informação, exigindo, por ex., um contrapartida remuneratória, embora já não possa controlar reproduções auxiliares posteriores que o utilizador dela faça em memória tampão e de navegação.

A importância disto mesmo torna-se clara nos serviços de acesso condicional, como o vídeo a pedido. Assim, por ex., neste caso é necessária a

⁽⁹²⁶⁾ Sobre esta matéria v., por ex., NII White Paper, p. 179 s.; Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 27 s.; Fraser, JCIInFL 1997, p. 777; Piette-Coudo/Bertrand, *L'Internet et la loi*, p. 23 s.

autorização do titular de direitos para que o utilizador final possa armazenar a obra na memória do seu computador ligado à rede (*maxime*, a *Internet*) e assim a possa utilizar. Sendo que, por definição, o serviço de acesso à obra é prestado mediante remuneração específica. Uma vez autorizado o acesso à informação, os actos de reprodução necessários à sua utilização já não poderão ser proibidos. Assim como o titular de direitos não poderá impedir o utilizador autorizado de realizar uma cópia não visível da obra na memória de trabalho do seu computador, também não poderá impedir — por maioria de razão — que este coloque essa informação em memória tampão ou de navegação.

6. Note-se, por outro lado, que, numa visão integrada, a verdadeira “excepção” deveria ser não tanto esta reprodução técnica, mas antes o facto de o utilizador poder ter um título jurídico de utilização dessa informação resultante, nomeadamente, das regras da utilização livre. Pois que, neste caso, o direito de autor já não poderá justificar a tapagem do acesso a essa informação. Todavia, ao lado do direito de autor o legislador comunitário criou a figura do direito *sui generis* relativamente ao conteúdo de bases de dados. Ora, considerando que no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede a maior parte dos serviços de informação é prestada a partir de bases de dados, isso significará que o produtor destas bases terá o poder de controlar o acesso à informação nelas contida, quer sejam ou não protegidas pelo direito de autor. Acresce que, como veremos, a protecção jurídica dos sistemas de identificação e de protecção de material informativo em forma digital destina-se a servir não apenas o direito de autor *proprio sensu* mas também este direito *sui generis*.

Não obstante, refira-se que, assim como o titular do direito de autor sobre uma obra cinematográfica poderá, a título do direito de autor, exigir directamente uma remuneração a todos os que queiram poder ver o seu filme, de igual modo não repugna que o titular de direitos de autor sobre uma obra literária possa exigir também uma remuneração aos que queiram utilizar essa

(⁹²⁷) A utilização de sistemas de protecção técnica resultantes de aplicações criptográficas (cifragem, assinatura digital) e da estenografia está em franco desenvolvimento, em especial no mercado da WWW. Estas aplicações tecnológicas permitem regular os termos e condições da utilização autorizada de informação digital e marcá-los nos documentos que contêm essa informação. Esta linguagem tecnológica de “propriedade digital” dos “sistemas acreditados” coloca algumas questões de interesse geral: se os titulares de direitos de autor não deveriam ser proibidos de tapar o acesso às suas obras, utilizando a

obra nos seus computadores, ao invés de adquirirem livros de papel ou CD-ROM. De todo o modo, em princípio, certos limites ao direito exclusivo que prosseguem fins de interesse geral (informação, educação, ciência, investigação, arquivo) deveriam valer em termos semelhantes no ambiente digital em rede. Limites esses que deveriam prevalecer mesmo sobre o recém-criado direito *sui generis* dos produtores de bases de dados moldado a partir de categorias dos direitos de autor (reprodução e derivados, comunicação ao público e distribuição). Sendo que esses limites não deveriam poder ser contornados mediante dispositivos tecnológicos ou contratuais, ou que pelo menos a utilização e distribuição de anti-dispositivos não deveria ser ilícita em tais casos ⁽⁹²⁷⁾, nem deveriam ser válidas, ou pelo menos eficazes, as cláusulas desse teor constantes das licenças contratuais ⁽⁹²⁸⁾.

7. A definição do direito de reprodução prende-se, por outro lado, com a delicada questão da responsabilidade dos prestadores de serviços em linha.

tecnologia para as proteger, ao mesmo tempo, também não deveriam poder impedir terceiros de contornar as suas barreiras tecnológicas para a prática de actos cuja licitude não depende de autorização do titular de direitos; de outro modo, o mero acto de codificação tecnológica da obra através de aplicações criptográficas e da estenografia atribuiria “magicamente” aos titulares de direitos mais poderes contra o público em geral do que aqueles que os direitos de autor concedem (cfr. Cohen, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 161). Como veremos, a Proposta comunitária procura encontrar um equilíbrio entre as obrigações decorrentes dos novos Tratados OMPI no que respeita à protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção e de informação para gestão de direitos e, ao mesmo tempo, a preservação de um grau apropriado de acesso público à informação tecnicamente protegida. A importância desse equilíbrio manifesta-se tanto em sede de acesso do público à informação, como no que respeita à obtenção de informação tecnológica mediante descompilação de programas de computador necessária à interoperabilidade de sistemas informáticos.

⁽⁹²⁸⁾ Recorde-se o caso da jurisprudência estadunidense (*Pro-CD, Inc. v. Zeidenberg*, 1996) em que foi posto em causa o direito de o utilizador praticar o carregamento ascendente de informação armazenada num CD-ROM de listas de telefone para o seu local na rede: o tribunal de recurso decidiu que a licença *shrinkwrap* poderia ser aplicada nos termos da lei estadual porque a utilização que o demandado fizera do produto constituía um consentimento à restrição contratual; depois, rejeitou a ideia segundo a qual os princípios do direito de autor poderiam derrogar direitos contratuais, distinguindo a natureza dos direitos contratuais da natureza dos direitos de propriedade, vinculando os primeiros apenas as partes dos contratos, *inter partes*, e os segundos sendo válidos contra todos, *erga omnes* (v. Leaffer, *Protection of and vis-à-vis Databases*, p. 509-10; para uma crítica à decisão do tribunal de recurso, v. O'Rourke, Elkin-Koren, Merges, Berkeley Tech.

Os Tratados OMPI não resolveram esta questão. Nas Declarações Acordadas relativamente ao art. 1.º, 4, pode ler-se que “o direito de reprodução, tal como estabelecido no art. 9.º da Convenção de Berna, bem como as excepções previstas nessa disposição, são plenamente aplicáveis ao ambiente digital, em especial no que se refere à utilização de obras sob forma digital. Considera-se que a armazenagem de uma obra protegida sob forma digital num suporte electrónico constitui um acto de reprodução na acepção do art. 9.º da Convenção de Berna.”. Mais se acrescenta, nas Declarações acordadas relativamente ao art. 10.º, que as suas disposições “autorizam as partes contratantes a aplicar e a tornar extensivas ao ambiente digital as limitações e excepções previstas nas respectivas legislações nacionais que tenham sido consideradas aceitáveis ao abrigo da Convenção de Berna. Essas disposições autorizam igualmente as partes contratantes a conceber novas excepções e limitações que se adequem ao ambiente das redes digitais. O n.º 2 do art. 10.º não restringe nem alarga o âmbito de aplicação das limitações e excepções autorizadas pela Convenção de Berna”.

Parece, assim, que os Tratados OMPI terão deixado a solução do problema para a legislação das Partes Contratantes, a quem competiria definir os contornos do direito de reprodução para efeitos de responsabilidade dos prestadores de serviços em linha. De igual modo, a Proposta de Directiva, mesmo na sua versão alterada (COM(99) 250 final), não cuidou integralmente do problema, limitando-se a considerar que “a questão da responsabilidade por actividades desenvolvidas no ambiente de rede é pertinente não apenas para o direito de autor e direitos conexos, mas também para outras áreas, como a difamação, a publicidade enganosa ou a contrafacção de marcas registadas, e é objecto de uma abordagem horizontal” na “Directiva sobre o comércio electrónico”, acrescentando que as normas relativas à responsabilidade no âmbito do comércio electrónico devem entrar em vigor paralelamente à presente directiva, uma vez que devem constituir um quadro geral de normas e princípios relativos, entre outros aspectos, a algumas partes importantes da presente directiva” (cons. 12). Todavia, na delimitação negativa do direito de reprodução, a Proposta de Directiva prevê, no art. 5.º, 1, que “os actos de reprodução temporária referidos no art. 2.º, como os actos de reprodução transitória e incidental que constituam parte integrante e indispensável de um processo tecnológico, incluindo os que facilitam o funcionamento efectivo de sistemas de transmissão, cujo único objectivo é o de permitir a utilização de uma obra ou de outro material protegido e que não tenham, em si, significado económico, serão excluídos do direito previsto no art. 2.º” Isto significa que a delimitação negativa do direito de reprodução é operada de molde da isentar certas actividades dos prestadores de serviços em linha que implicam actos de reprodução temporária. Esta delimitação é feita com base no entendimento de que o direito exclusivo de reprodução deve ser sujeito a uma excepção para permitir certos actos de reprodução temporária, como os actos de reprodução transitória e incidental (1) que fazem parte integrante e são indissociáveis de um processo tecnológico (2) efectuado

com o único objectivo de possibilitar a utilização de uma obra ou de outros materiais protegidos (3), e que não têm, em si, qualquer valor económico (4). Esclarece ainda o preâmbulo que, “nestas condições, esta excepção abrange igualmente os actos de armazenagem em memória tampão (“caching”) e de navegação (“browsing”)” (cons. 23).

Ora, entretanto foi aprovada a “Directiva sobre o comércio electrónico” [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”)], cuja secção 4 trata justamente da problemática da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços relativamente a certos tipos de actividades (“mere conduit”, “system caching”, “hosting”). Nos EUA, esta matéria foi regulada pela *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* no quadro da DMCA (*The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, Oct. 28, 1998, Tit. II), que cria certos limites à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha por violações aos direitos de autor quando praticam certos tipos de actividades (“mere conduit”, “system caching”, “hosting”), prevendo ainda um quarto grupo de casos de isenções relativo aos utensílios de localização de informação (“browsing”, “crawling”, “linking”). Relativamente a este último grupo de casos, a Directiva sobre comércio electrónico remeteu-o para mais estudos a considerar numa eventual revisão futura da Directiva (art. 21.º, 2). Analisemos, para começar, a DMCA e, depois, a Directiva sobre o comércio electrónico na secção relativa à responsabilidade dos intermediários de serviços (para uma análise comparativa da DMCA e da Directiva, *vide* o nosso *Technodigital Property for Cyberspace*, Part II; sobre a problemática da responsabilidade dos prestadores de serviços em linha, *vide, inter alia*, mais recentemente, Julia-Barcelo, EIPR 1998, p. 453; Vivant, JCP 1999, p. 2021; Lehmann, ZUM 1999, p. 180; Maennel, Hoeren, Spindler, MMR 1999, p. 187, 192, 199; Brisch, CR 1999, p. 235; Kane, Gross, Berkeley Tech. LJ 1999, p. 101, 483; Carneiro Frada, ROA 1999, p. 341).

7.1. A DMCA define a tipologia das isenções de responsabilidade, estabelecendo condições gerais para os diversos grupos de situações. Na base deste regime encontra-se uma casuística especialmente rica, embora nem sempre convergente. Vejam-se, por exemplo, os casos: *Playboy Enters., Inc v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. FLA. 1993); *Stratton Oakmont v. Prodigy*, 1995 (N.Y. Misc. Lexis, 229, N.Y. Sup. Ct Nassau, 1995); *Sega Enterprises v. MAPHIA*, 948 F. Supp. 923 (N.D. CAL. 1996); *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services, Inc*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995); *Washington Post v. Total News*, No. 97 Civ. 1190 (S.D.N.Y. 1997); *TicketMaster, Inc v. Microsoft Corp*, Civ. 3055 (C.D. CAL.); *Shetland Times Limited v. Shetland's News*; *Federal Trade Commission v. Pereira*, U.S. District Court of Eastern Virginia (20 September 1999); *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44

(D.D.C. 1998); *Lunney v. Prodigy Services Company* (1998 N.Y. App.).

O título II da DMCA veio introduzir uma nova secção 512 na lei dos direitos de autor (“Copyright Act”) em ordem a criar quatro novos limites relativamente à responsabilidade dos prestadores de serviços em linha pelas infracções aos direitos de autor (cfr. a nossa análise sumária, BFD 1999, em que seguimos de perto o *U.S. Copyright Office Executive Summary*, December 1998). A nova secção 512 inclui também regras especiais sobre a aplicação destes limites às instituições de ensino não lucrativas. Os limites são baseados nas quatro categorias seguintes de actos praticados por um prestador de serviços: 1.^a as comunicações transitórias (“mere conduit”); 2.^a a “memória tampão” (system caching”); 3.^a o carregamento de informação em sistemas ou redes em direcção a utilizadores (“hosting”); 4.^a os utensílios de localização de informação (chamados “browsers” ou agentes electrónicos inteligentes de pesquisa). Cada limite compreende um quadro completo sobre prejuízos pecuniários e restringe a disponibilidade de recursos injuntivos em vários aspectos. Cada limite diz respeito a uma função distinta e separada, e a determinação de saber se um prestador de serviço pode beneficiar de um dos limites não depende de saber se o prestador de serviços beneficia de qualquer dos restantes três limites. Se o prestador de serviços não puder beneficiar de qualquer dos limites previstos na secção 512 tal não o torna necessariamente responsável por violação dos direitos de autor. O titular dos direitos de autor deverá ainda provar que o prestador de serviços cometeu a infracção e o prestador de serviços poderá ainda invocar qualquer das defesas, tais como o *fair use*, que estão ao dispôr dos arguidos nos termos gerais dos direitos de autor. Para além de limitar a responsabilidade dos prestadores de serviços, o título II estabelece um procedimento nos termos do qual um titular de direitos de autor pode obter uma providência de um tribunal federal no sentido de ordenar a um prestador de serviços a comunicação da identidade de um assinante que alegadamente esteja envolvido na prática de actividades infractoras. Por outro lado, a secção 512 contém uma norma destinada a assegurar que os prestadores de serviços não se encontrem na posição de ter que optar entre beneficiar dos limites de responsabilidade ou preservar a privacidade dos seus assinantes. A subsecção (m) estatui expressamente que nada na secção 512 requer que um prestador de serviços monitorize o seu serviço ou material de acesso em violação da lei, de modo a poder beneficiar de alguns dos limites de responsabilidade.

São três as condições gerais segundo as quais um prestador de serviços poderá beneficiar dos limites previstos. Em primeiro lugar, uma pessoa que pretenda beneficiar destes limites deverá tratar-se, desde logo, de um prestador de serviços. Em relação ao primeiro limite, o prestador de serviços é definido como uma entidade que ofereça a transmissão, encaminhamento, ou a prestação de ligações para comunicações digitais em linha, entre pontos especificados por um utilizador, de material escolhido pelo utilizador, sem modificação do conteúdo do material enviado e recebido. Relativamente aos três restantes limites, o

prestador de serviços é definido em termos mais amplos como o prestador de serviços em linha ou acesso de redes, ou o operador dos meios necessários para o efeito. Além disso, para poder beneficiar de qualquer dos limites, o prestador de serviços, assim definido, deverá ainda respeitar duas outras condições gerais. Primeira, deverá adoptar e implementar em termos razoáveis uma política de cessação em circunstâncias apropriadas das contas dos assinantes que sejam infractores reincidentes. Segunda, deverá utilizar e não interferir com “medidas técnicas padrão”.

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

Para começar, o limite relativo às comunicações transitórias (“mere conduit”) é regulado na secção 512(a). Em termos gerais, a responsabilidade dos prestadores de serviços é limitada nos casos em que o prestador actua apenas como um condutor de dados (“mere conduit”), transmitindo informação digital de um ponto da rede para outro a pedido de alguém. Este limite abrange actos de transmissão, encaminhamento, ou prestação de ligações para a informação, bem como as cópias intermédias e transitórias que sejam feitas automaticamente na operação de uma rede.

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

Depois, quanto ao limite de “memória tampão” (“system caching”), a secção 512(b) limita a responsabilidade do prestador de serviços em relação à prática de retenção de cópias, por tempo limitado, de materiais que foram tornados acessíveis em linha por uma pessoa diferente do prestador, e depois transmitidos em direcção a um assinante. Nestes casos, o prestador de serviços retém o material de modo a que os pedidos para o mesmo material possam ser satisfeitos através da transmissão da cópia retida, ao invés de buscar o material na fonte original na rede. O benefício desta prática traduz-se em, por um lado, reduzir os requisitos de largura de banda do prestador de serviços e, por outro, reduzir o tempo de espera relativamente a pedidos subsequentes da mesma informação. Todavia, esta prática pode resultar na entrega de informação desactualizada aos assinantes e pode privar operadores de locais ou sítios da rede de adequada informação “hit”. Trata-se de informação sobre o número de pedidos relativos a um determinado material num sítio da rede, a partir da

qual as receitas de publicidade são frequentemente calculadas. Por esta razão, a pessoa que coloque o material à disposição em linha pode estabelecer regras quanto à sua actualização, e pode utilizar meios tecnológicos para controlar o número de “hits.” Este limite é aplicável a actos de carregamento temporário e intermédio, quando realizado através de um processo técnico automático com o propósito de tornar o material disponível a assinantes que subsequentemente o peçam.

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

Em terceiro lugar, é regulado o limite para informação residente em sistemas ou redes em direcção a utilizadores. A responsabilidade dos prestadores de serviços é limitada em relação ao material infractor nos sítios da rede (ou outros repositórios de informação) acolhido nos seus sistemas. Para poder beneficiar deste limite, os prestadores de serviços em linha devem respeitar as seguintes condições: 1.^a o prestador não deve ter o requisito de nível de conhecimento da actividade infractora, como descrito atrás; 2.^a se o prestador tiver o direito e a capacidade de controlar a actividade infractora, não deve receber um benefício financeiro directamente atribuível à actividade infractora; 3.^a o prestador deve expedientemente eliminar ou bloquear o acesso ao material, uma vez notificado apropriadamente de queixa de infracção. Para o efeito, o prestador de serviço deve ter entregado ao “Copyright Office” a designação de um agente para receber notificações de queixa de infracção. Além disso, nos termos do padrão de conhecimento, o prestador de serviços apenas poderá beneficiar deste limite de responsabilidade se não tiver conhecimento real da infracção (1), não estiver ao corrente de factos ou circunstâncias a partir das quais a actividade de infracção seja aparente (2), ou, estando-o, responda prontamente no sentido de eliminar o material ou bloquear o acesso a ele (3).

Por outro lado, são previstos procedimentos relativos aos termos apropriados da notificação e regras quanto aos seus efeitos. No procedimento de aviso e eliminação, o titular de direitos de autor apresenta ao agente designado do prestador de serviços uma notificação sob pena de perjúrio, incluindo uma lista

de elementos especificados. O não cumprimento substancial dos requisitos legais significa que a notificação não será considerada na determinação do requisito do nível de conhecimento pelo prestador de serviços. Se, tendo recebido uma notificação apropriada, o prestador de serviços prontamente remover ou bloquear o acesso ao material identificado na notificação, o prestador será isento de responsabilidade pecuniária. Além disso, o prestador é protegido contra qualquer responsabilidade relativamente a queixas de qualquer pessoa fundadas em ter eliminado o material.

Depois, são também previstas certas salvaguardas de protecção contra possíveis notificações erróneas ou fraudulentas. Para começar, ao assinante é concedida a oportunidade de responder ao aviso de eliminação preenchendo uma contra-notificação. De modo a poder obter protecção contra responsabilidade por eliminação do material, o prestador de serviços deve notificar prontamente o assinante de que removeu ou bloqueou o acesso ao material. Se o assinante submeter uma contra-notificação observando os requisitos legais, incluindo uma declaração sob pena de perjúrio de que o material foi removido ou bloqueado por erro ou identificação errónea, então a menos que o titular dos direitos de autor interponha uma acção visando uma ordem de tribunal contra o assinante, o prestador de serviços deverá colocar o material de novo em utilização no prazo de 10 a 14 dias úteis após recebimento da contra-notificação. As representações erróneas conscientes de materiais num aviso ou num contra-aviso são puníveis. Qualquer pessoa que conscientemente represente errónea e materialmente que o material é infractor, ou que foi removido ou bloqueado por erro ou identificação errónea, é responsável por quaisquer danos daí resultantes (incluindo custas e honorários de advogados) que sofra o alegado infractor, o titular dos direitos de autor ou o seu licenciado, ou o prestador de serviços.

Finalmente, o limite relativo aos utensílios de localização de informação está regulado na secção 512(d). Este limite abrange ligações em hipertexto (“hyperlinking”), directórios em linha, motores de pesquisa (“browsers”) e outros semelhantes. É limitada a responsabilidade pelos actos de referência ou ligação de utilizações a um sítio que contém material infractor mediante utilização de tais utensílios de localização de informação, na medida em que sejam observadas as seguintes condições: 1.^a o prestador não deve ter o requisito grau de conhecimento de que o material é infractor, sendo o padrão de conhecimento o mesmo que vale para o limite relativo a informação residente em sistemas ou redes; 2.^a se o prestador tiver o direito e a capacidade de controlar a actividade infractora, o prestador não deve receber um benefício financeiro directamente atribuível a essa actividade; 3.^a mediante recepção de notificação de infracção reclamada, o prestador deve expedientemente eliminar ou bloquear o acesso ao material.

Trata-se, no essencial, das mesmas condições que valem para o anterior limite (informação residente). De igual modo, aplicam-se neste limite as

prescrições que estabelecem salvaguardas contra a possibilidade de notificações erróneas ou fraudulentas, *supra* referidas, bem como as que protegem o prestador de serviços contra reclamações baseadas em ter eliminado o material.

De notar, ainda, para terminar, que a DMCA prevê certas regras especiais relativas à responsabilidade de instituições de ensino não lucrativas. Com efeito, a secção 512(e) dispõe que os actos ou o conhecimento de um membro de Faculdade ou estudante graduado empregado, que esteja a desempenhar uma função de ensino ou investigação, podem afectar a elegibilidade de uma instituição educativa não lucrativa para um dos quatro limites de responsabilidade. Relativamente aos limites de comunicações transitórias ou memória tampão, o membro da Faculdade ou o estudante serão considerados uma pessoa diferente do prestador, de modo a evitar que a instituição não possa beneficiar desses limites. Quanto aos outros limites, se o membro da Faculdade ou o estudante tiverem conhecimento ou estiverem ao corrente da infracção, tal não será atribuído à instituição. Para o efeito deverão estar reunidas as seguintes condições: 1.^a as actividades infractoras do membro da Faculdade ou do estudante graduado não envolvam a prestação de acesso em linha a materiais do curso que tenham sido exigidos ou recomendados durante os últimos três anos; 2.^a a instituição não tenha recebido mais do que duas notificações durante os últimos três anos de que o membro da Faculdade, ou o estudante graduado, esteve em infracção; 3.^a a instituição preste a todos os seus utilizadores materiais informativos descrevendo e promovendo o cumprimento pelos direitos de autor.

7.2. A Directiva sobre o comércio electrónico harmoniza o regime da responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação, tal como estes são definidos na Directiva Normas Técnicas (Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação) e na Directiva Serviços de Acesso Condicional (Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro de 1998, relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional). Considera-se que essa definição abrange qualquer serviço, em princípio pago à distância, por meio de equipamento electrónico de processamento (incluindo a compressão digital) e o armazenamento de dados, e a pedido expresso do destinatário do serviço.

Assim, este conceito de serviços da sociedade da informação abrangerá uma grande diversidade de actividades económicas, como sejam: a venda de mercadorias em linha (1); serviços que não são remunerados pelo respectivo destinatário, na medida em que sejam actividades económicas, como os que consistem em prestar informações em linha ou comunicações comerciais, ou ainda os que fornecem ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados (2); a transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de

informações prestadas por um destinatário do serviço (3). Pela negativa, o preâmbulo da Directiva sobre comércio electrónico (cons. 18) esclarece que a noção de serviços da sociedade da informação não abrange diversas actividades, como sejam: os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da Directiva 98/34/CE que não envolvem tratamento e armazenamento de dados (1); actividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha (2); a radiodifusão televisiva, na acepção da Directiva 89/552/CEE, e a radiodifusão, dado não serem prestados mediante pedido individual (3); a utilização do correio electrónico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua actividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas (4); a relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal; e, de um modo geral, as actividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios electrónicos, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico, que exija o exame físico do doente, não são serviços da sociedade da informação (5).

Alguns Estados-membros tinham já adoptado legislação específica, embora divergente, sobre esta matéria (veja-se, especialmente, na Alemanha, a *Teledienste-Gesetz* — TDG, integrada na *Informations und Kommunikationsdienste-Gesetz* — IuKDG, de 1997, e na Suécia, a *Act on Responsibility for Electronic Bulletin Boards* (1998). De igual modo, a situação na jurisprudência era de divergência (vide, por exemplo, os casos: *Estelle Haliday v. Valentin Lacambre*, February 1999, Cour d'Appel de Paris, confirmando a decisão do Tribunal de Grande Instância de Paris de Junho de 1998; *DEMON*, London High Court, March 1999; *UEJF v. Calvacom, Compu-serve and others*, TGI Paris, 12 June 1996; *Church of Scientology v. several Internet Providers*, the District Court of the Hague, 9 June 1999). Esta situação foi considerada nociva para o bom funcionamento do mercado interno, particularmente no que respeita ao desenvolvimento dos serviços transfronteiriços. O regime harmonizado pela Directiva parte do entendimento de que os prestadores de serviços têm, em certos casos, o dever de agir a fim de evitar ou fazer cessar actividades ilícitas, devendo a Directiva constituir a base adequada para a criação de mecanismos rápidos e fiáveis para remover as informações ilícitas e impossibilitar o acesso a estas; mecanismos esses que poderão ser elaborados com base em acordos voluntários negociados entre todas as partes interessadas e deveriam ser encorajados pelos Estados-membros, uma vez que seria do interesse de todas as partes que participam na prestação de serviços da sociedade da informação adoptar e aplicar esses mecanismos.

Relativamente às isenções da responsabilidade estabelecidas pela Directiva, esclarece o preâmbulo (cons. 42) que essas isenções “abrangem exclusivamente os casos em que a actividade da sociedade da informação exercida pelo prestador de serviços se limita ao processo técnico de exploração e abertura do acesso a uma rede de comunicação na qual as informações prestadas por terceiros são

transmitidas ou temporariamente armazenadas com o propósito exclusivo de tornar a transmissão mais eficaz. Tal actividade é puramente técnica, automática e de natureza passiva, o que implica que o prestador de serviços da sociedade da informação não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controlo desta.” São três os grupos de situações reguladas na secção 4 da Diretiva sobre o comércio electrónico: “mere conduit”, “system caching”, “hosting”.

As situações de simples transporte (“mere conduit”) são reguladas pelo art. 12.º Trata-se de prestações de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou em facultar o acesso a uma rede de comunicações, sendo que estas actividades de transmissão e de facultamento de acesso abrangem a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas, desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão. Nestas situações, os Estados-membros deverão velar por que a responsabilidade do prestador não possa ser invocada no que respeita às informações transmitidas, desde que o prestador: não esteja na origem da transmissão (1); não selecione o destinatário da transmissão (2); e não selecione nem modifique as informações que são objecto da transmissão (3).

Em segundo lugar, os casos de armazenagem temporária («caching») são previstos e regulados no art. 13.º Trata-se da prestação de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, por uma rede de telecomunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço. Nestes casos, os Estados-membros devem velar por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à armazenagem automática, intermédia e temporária dessa informação, efectuada apenas com o objectivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação a pedido de outros destinatários do serviço, desde que o prestador: não modifique a informação (1); respeite as condições de acesso à informação (2); respeite as regras relativas à actualização da informação, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo sector (3); não interfira com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e seguida pelo sector, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação (4); e actue com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou, logo que tome conhecimento efectivo de que a informação foi removida da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso a esta foi tornado impossível, ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou essa remoção ou impossibilitação de acesso (5).

Relativamente a estes dois grupos de casos, o preâmbulo esclarece ainda que “um prestador pode beneficiar de isenções por simples transporte ou armazenagem temporária («caching») quando é inteiramente alheio à informação transmitida.

Isso exige, designadamente, que o prestador não altere a informação que transmite. Esta exigência não se aplica ao manuseamento técnico que tem lugar no decurso da transmissão, uma vez que este não afecta a integridade da informação contida na transmissão” (cons. 43). Isto significa, pela negativa, que “um prestador que colabora deliberadamente com um dos destinatários do serviço prestado, com o intuito de praticar actos ilegais, ultrapassa as actividades de simples transporte ou armazenagem temporária («*caching*»), pelo que não pode beneficiar das isenções de responsabilidade aplicáveis a tais actividades” (cons. 44).

Em terceiro lugar, o art. 14.º define a isenção de “armazenagem em servidor” (“*hosting*”). Trata-se dos casos de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço. Nestas situações, os Estados-membros deverão velar por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que o prestador: não tenha conhecimento efectivo da actividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma acção de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal, ou (a); o prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações (b). Esta isenção é excluída nos casos em que o destinatário do serviço actue sob autoridade ou controlo do prestador (n. 2).

Em qualquer dos três grupos de casos, ressalva-se expressamente a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção, e no terceiro caso a faculdade de os Estados-membros estabelecerem disposições para a remoção ou impossibilitação do acesso à informação (arts. 12.º, 3, 13.º, 2, e 14.º, 3). Com efeito, a “delimitação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, fixada na presente directiva, não afecta a possibilidade de medidas inibitórias de diversa natureza”, as quais “podem consistir, designadamente, em decisões judiciais ou administrativas que exijam a prevenção ou a cessação de uma eventual infracção, incluindo a remoção de informações ilegais, ou tornando impossível o acesso a estas cons. 45). O preâmbulo esclarece ainda que a remoção ou impossibilitação de acesso têm de ser efectuadas respeitando o princípio da liberdade de expressão, deixando-se a possibilidade de os Estados-membros fixarem requisitos específicos que tenham de ser cumpridos de forma expedita, previamente à remoção ou à impossibilitação de acesso à informação (cons. 46). Isto é, ao contrário da DMCA, a Directiva não harmoniza o problema dos “*notice and take-down procedures*” deixando tal possibilidade para os Estados-membros e remetendo tal matéria para o relatório sobre a aplicação e eventual adaptação futura da Directiva (art. 21.º, 2).

Para terminar, um quarto grupo de casos, relativo ao fornecimento de utensílios de pesquisa de informação (“*browsers*”, “*crawlers*”, “*links*”), a Directiva

sobre o comércio electrónico não os regula, limitando-se a incumbir a Comissão de elaborar um relatório sobre a aplicação da directiva, acompanhado, se for caso disso, de propostas de adaptação à evolução legislativa, técnica e económica dos serviços da sociedade da informação, relatório esse que, ao examinar a necessidade de adaptação da directiva, deverá analisar, em particular, a necessidade de propostas relativas, nomeadamente, à responsabilidade dos prestadores de hiperligações e de instrumentos de localização, bem como aos procedimentos de «notice and take down» e à atribuição de responsabilidade após a retirada do conteúdo. Importa referir, não obstante, que a Proposta de Directiva sobre o direito de autor na Sociedade da Informação parece excluir o “browsing” do direito de reprodução. Com efeito, o art. 5.º, 1, desta Proposta delimita negativamente o direito exclusivo de reprodução em termos de ser sujeito a uma excepção para permitir certos actos de reprodução temporária, como os actos de reprodução transitória e incidental (1) que fazem parte integrante e são indissociáveis de um processo tecnológico (2) efectuado com o único objectivo de possibilitar a utilização de uma obra ou de outros materiais protegidos (3), e que não têm, em si, qualquer valor económico (4). O preâmbulo esclarece que, “nestas condições, esta excepção abrange igualmente os actos de armazenagem em memória tampão (“caching”) e de navegação (“browsing”)” (cons. 23).

Por outro lado, a Directiva prescreve a ausência de obrigação geral de vigilância (art. 15.º), nos termos da qual os Estados-membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos arts. 12.º, 13.º e 14.º, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes. Todavia, os Estados-membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as actividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.

Com efeito, o preâmbulo esclarece que os Estados-membros só estão impedidos de impor uma obrigação de vigilância obrigatória dos prestadores de serviços em relação a obrigações de natureza geral, não dizendo tal impedimento respeito a obrigações de vigilância em casos específicos e, em especial, não afectando as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações nacionais (cons. 47). Além disso, o preâmbulo esclarece ainda que a Directiva sobre o comércio electrónico não afecta a possibilidade de os Estados-Membros exigirem dos prestadores de serviços, que acolham informações prestadas por destinatários dos seus serviços, que exerçam deveres de diligência que podem razoavelmente esperar-se deles e que estejam especificados na legislação nacional, no sentido de detectarem e prevenirem determinados tipos de actividades ilegais (art. 48.º).

Em suma, sobre os prestadores de serviços de sociedade da informação, que consistem em actividades de simples transporte, armazenagem temporária ou armazenagem em servidor, não impende uma obrigação geral de vigilância, embora tal não prejudique nem a possibilidade de lhes ser exigida vigilância em casos específicos, especialmente em virtude de decisão das autoridades nacionais, nem o dever de cumprirem certos deveres de diligência na detecção e fiscalização de determinados tipos de actividades legais.

§ 46. TRANSFORMAÇÃO E DERIVADOS

LJ 1997, p. 53, 93, 115 s.).

(⁹²⁹) Art. 4.º-*b* DPC. No entender do Prof. Oliveira Ascensão a versão portuguesa desta norma estaria inquinada de um erro de tradução, uma vez que o direito de modificação seria um direito pessoal. Nas suas palavras, “por erro de tradução, infelizmente muito frequente nas versões portuguesas de instrumentos comunitários, se refere na tradução desta directriz o *direito de modificação*, que é um direito pessoal, como direito reservado (art. 4.º-*b*). Trata-se porém na realidade do direito de «transformação», que é um direito patrimonial, pois é essa a categoria que engloba a tradução, a adaptação e outros actos que se especificam”. (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 342-3). Concordamos com esta segunda afirmação, no sentido de incluir os diferentes actos, como a tradução e a adaptação, na categoria do direito de transformação. Todavia, já sentimos algumas dificuldades em acompanhar o entendimento de que se trata de um erro de tradução. Como vimos atrás, o legislador comunitário terá valorado os actos de modificação em relação aos programas de computador e às bases de dados como não constitutivos, em princípio, de ofensa à honra e reputação do autor. Nessa medida, integrou expressamente tais actos no direito exclusivo patrimonial. Todavia, isto não significará que todo e qualquer acto de modificação não possa afectar o direito moral de autor, nos termos garantidos pela Convenção de Berna. Põe-se, é verdade, o problema de harmonizar aquelas normas comunitárias com o texto desta Convenção, que inclui expressamente os actos de modificação como exemplos de actos capazes de afectarem a integridade e genuidade da obra e de, nessa medida, prejudicarem a honra e reputação do autor.

A nosso ver, a decisão de proteger os programas de computador e as bases de dados pelo direito de autor, ao invés de criar um regime específico, deverá ser consequente no sentido de tratar os autores deste tipo de obras em termos semelhantes aos autores dos outros tipos de obras, tendo porém em consideração a especificidade decorrente da sua especial natureza utilitária. Natureza esta que poderá justificar uma compreensão mais moderada quanto ao direito de integridade e de genuidade, mas que, a nosso ver, não deverá eliminar a sua essência que é justamente proteger a honra e reputação do autor. Pelo que, dizendo-o com Dietz, “temos que encontrar soluções intermédias; quanto mais estivermos no domínio da arte menos deveríamos tolerar modificações unilaterais e manipulações feitas pelos

1. Por outro lado, o direito de adaptação ou transformação é

produtores ou outros utilizadores de obras, se estas não forem especificamente permitidos pelos autores e intérpretes” (Dietz, *Authenticity of Authorship and Work*, p. 176-7).

⁽⁹³⁰⁾ Vide Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 127-30; Kappes, *Informationssammlungen*, p. 141-2. Como exemplo da importância económica deste direito, podemos referir a prática contratual respeitante à obtenção de programas de computador no mercado dos produtos e serviços informáticos. De um modo geral, podemos dizer que, em função das necessidades específicas de cada cliente particular, assim será procurado um programa padronizado (o chamado *standard software*, ainda que adaptado), ou um programa a criar *ex novum* (o chamado *taylor made* ou *individual software*): se não existir correspondência entre os programas que existem no mercado (mesmo adaptados) e as necessidades específicas de um particular cliente, este contrata com uma empresa de desenvolvimento de programas (*software-house*), normalmente, por intermédio de um distribuidor — actuando este, em tais casos, na qualidade de agente, *de direito ou de facto*, consoante o caso concreto —, a criação *ex novum* de um programa com determinadas características técnicas e qualidades funcionais, bem como os termos da respectiva utilização de uma sua cópia; se, porém, for possível adaptar um programa existente no mercado às suas necessidades, a adaptação poderá ser efectuada pelo próprio distribuidor, nos termos da respectiva licença de distribuição; por último, se existir correspondência entre as necessidades do cliente e um programa “tal e qual” cujas cópias são distribuídas no mercado, o cliente limita-se a obter a respectiva licença de utilização junto do distribuidor.

No primeiro grupo de casos, o cliente celebra, por ex., com uma *software-house* um contrato pelo qual esta última se obriga a criar um programa de computador com determinadas características técnicas e qualidades funcionais, e a conceder ao cliente uma licença de uso, em certos termos, de uma sua cópia (podendo, no entanto, acordar as partes a transmissão para o cliente dos direitos de exploração do programa, o qual, por sua vez, poderá conceder à *software-house* uma licença de utilização do programa para fins de distribuição e de utilização, etc.). Em termos de enquadramento jurídico, este contrato comunga do contrato de encomenda de obra (art. 14.º CDADC e art. 3.º, 3, RPC). Quanto ao problema de saber se a encomenda de *software*, enquanto encomenda de obra, é assimilável, em termos gerais, ao contrato de empreitada (art. 1207.º CCiv), importa referir que no direito comparado a opinião dominante na doutrina, seguida pela jurisprudência, favorece a sua qualificação como *contrat d'entreprise*, *Werkvertrag*, e *contratto di appalto*, não sendo essa solução prejudicada pela natureza incorpórea dos programas de computador (v. Vivant, *Lamy droit informatique*, n.º 220; Schaming, *Le droit du logiciel*, p. 239; Huet/Maisl, *Droit de l'informatique*, p. 281, 440 ; Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 110, 115; Gaudrat, *DInfT* 3/1986, p. 62; Lamberterie, *Les contrats en informatique*, p. 96; Viricel, *Le droit des contrats de l'informatique*, p. 163; Pouillet, *Contrats sur la fourniture de logiciels*, p. 341; Koch/Schnupp, *Software-Recht*, p. 259; Schneider, *EDV-Rechts*, p. 209, 572 s.; Pagenberg/Geissler, *Lizenzverträge*, p. 533, 590 s.; Lehmann, *NJW* 1993, p. 1825, n. 40;

harmonizado em termos semelhantes para os programas de computador e para as bases de dados. Relativamente aos primeiros, tem o titular o direito

Braun/Höckel/Schade, *Computer-Kaufverträge*, p. 126; Mehrings NJW 1986, p. 1907; Ruppelt, *Die Überlassung von Computerprogrammen*, p. 37 s.; Hoeren, *Softwareüberlassung*, p. 22, n. 11; Junker, JZ 1989, p. 520; Malzer, *Der Softwarevertrag*, p. 258 s.; Pres, CR 1994, p. 524, *Softwarelizenzverträge*, p. 166; na doutrina helvética, o “Softwareherstellungsvertrag” é qualificado como um “Innominatkontrakt *sui generis*” regido por analogia pelas regras do “Werkvertrag”, Slongo, *Softwareherstellungsvertrag*, p. 168 s.; Cerina, DII 1994, p. 422 s.; Finocchiaro, CI 1991, p. 1119 ss; Sbisà, Lanzillo e Rosselo, in Alpa, *Contratti*, p. 34, 54, 107, ou “contratto d'opera, se il fornitore è un tecnico non imprenditore”). Entre nós, perante o problema de saber se a encomenda de obra é reconduzível ao tipo contratual da empreitada, o STJ, no acórdão de 3 de Novembro de 1983, considerou que “o contrato de empreitada pode ter por objecto uma obra eminentemente intelectual ou artística” (BMJ n.º 331, 1983, p. 489), sufragando a doutrina defendida pelos Profs. Ferrer Correia e Henrique Mesquita: “A palavra obra, neste preceito utilizada (art. 1207.º do Cód. Civil), abrange tanto as obras materiais como as obras de engenho ou intelectuais (de natureza literária, científica, ou artística)” (Ferrer Correia/Henrique Mesquita, ROA 1985, p. 157; neste sentido, mais recentemente, Brito Pereira, ROA 1994, p. 569 s.). Porém, no Acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, o STJ pronunciou-se no sentido de a encomenda de obra consistir num contrato de prestação de serviços inominado (BMJ n.º 374, 1988, p. 449 s.), aproximando-se, agora, da orientação doutrinal que se opõe à qualificação da encomenda de obra como empreitada (Antunes Varela, ROA 1985, p. 159 s.; Baptista Machado, RLJ Ano 118.º, p. 278; Calvão da Silva, ROA 1987, p. 129 s.; recentemente, pronunciando-se pela natureza *sui generis* da encomenda de obra, Rebello, *Introdução*, p. 109-10, ou enquanto contrato atípico de prestação de serviços, Romano Martinez, *Contrato de empreitada*, p. 101; manifestando a sua “inclinação para considerar a encomenda de obra como um contrato diferente da empreitada”, M. M. Veloso, *A encomenda de obra intelectual*, p. 29). Na opinião do Prof. Oliveira Ascensão, “em abstracto, nada exclui que uma encomenda de obra literária ou artística se processe nos termos do contrato de empreitada”, referindo a propósito dos arts. 14.º e 15.º CDADC que “se prevê aqui a criação feita por empreitada ou por efeito de outro contrato de prestação de serviços”; acrescenta, ainda, que: “Não basta porém apelar para a idoneidade abstracta da obra literária ou artística para ser qualificada como obra no contrato de empreitada. Isso conduz a uma solução essencialmente conceitual, que foi a que se travou entre nós” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 422, p. 142). Para além desta posição quanto ao problema em geral, sustenta em conformidade no domínio especial dos contratos de desenvolvimento de *software* que nestes casos, em que o programa é feito por medida, que o “contrato é então de prestação de serviços e normalmente do tipo empreitada. A empresa obriga-se a entregar o produto final adequado. Podem variar as previsões de atribuição de direitos sobre o *software* produzido, mas isso não inquina a qualificação do contrato como sendo de prestação de serviços” (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 356).

exclusivo de efectuar ou autorizar a “transformação”, ou seja, “a tradução, adaptação, ajustamentos ou outras modificações do programa e a reprodução dos respectivos resultados, sem prejuízo dos direitos de autor da pessoa que altere o programa” (929).

A “tradução” do código-fonte em código-objecto, a tradução do código-fonte através de uma outra linguagem de programação (“clonagem”), a preparação dos chamados produtos derivados (sejam complementares ou substitutos funcionalmente equivalentes), a transformação do programa com vista ao melhoramento da sua eficiência (as chamadas actualizações ou *updates*), a adaptação do programa às necessidades específicas do utilizador, operações de manutenção e assistência, são apenas exemplos do relevo económico deste direito de exploração (930).

Quanto às bases de dados, “a tradução, adaptação, transformação ou qualquer outra modificação” integram também os actos que podem ser

O problema põe-se de novo no segundo grupo de casos, isto é, quando o cliente celebra com o distribuidor um contrato, pelo qual este se obriga a adaptar, nos termos da respectiva licença de distribuição, um determinado programa às específicas e particulares necessidades do cliente. Trata-se agora não de *software individual*, mas antes de *software standard* personalizado, ou seja, de um programa padrão adaptado às necessidades específicas do cliente. De notar que, a licença de uso da cópia do programa é directamente concedida pelo titular dos direitos ao cliente. O distribuidor apenas se limita a vender e/ou a locar as cópias que se encontra autorizado a comercializar, bem como a prestar os serviços a clientes de assistência e de manutenção no quadro da sua licença de distribuição. E é nos termos desta que ele pode efectuar as operações necessárias à adaptação de um programa às específicas necessidades de um cliente, que não “adquire”, portanto, uma licença de uso de uma cópia do programa “tal e qual” é colocada no mercado. Acresce que, normalmente, os eventuais direitos de autor que o distribuidor adquira ao efectuar estas operações (art. 4.º, n. 2, *in fine*, DPC) são transmitidos, não ao cliente, mas ao concedente da licença de distribuição. Ora, consoante a operação de adaptação (“Anpassung”) se traduza, ou numa simples prestação de serviços, ou numa criação de obra nova, assim serão diferentes as exigências concretas do caso, reclamando, nessa medida, diferente enquadramento. No direito comparado, este contrato, bem como, de um modo geral, os restantes contratos relativos à prestação de prestações de serviços de assistência e manutenção (“Wartung”), predomina a sua qualificação, respectivamente, como *Werkvertrag* ou *Diensvertrag*, *contrat d’entreprise* ou *louage d’ouvrage*, e *contratto di appalto di servizi* (v. Lehmann, NJW 1993, p. 1825, n. 40; Schneider, *EDV-Rechts*, p. 206, 629 s.; Schmid, CR 1994, p. 518; Braun/Höckel/Schade, *Computer-Kaufverträge*, p. 126; Mehrings, NJW 1986, p. 1907; Hoeren, *Softwareüberlassung*, p. 22, n. 11; Junker, JZ 1989, p. 520; Malzer, *Der Softwarevertrag*, p. 258 s.; Vivant, *Lamy droit informatique*, n.º 222; Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 109; Pouillet, *Contrats sur la fourniture de logiciel*, p. 341; Lamberterie, *Les contrats en informatique*, p. 96; Viricel, *Le droit des contrats en informatique*, p. 162, n. 592,

efectuados ou autorizados pelo titular do direito exclusivo relativamente à forma de expressão protegida pelo direito de autor (art. 5.º-*b* DBD).

Em ambos os casos são, ainda, ressalvados os direitos de autor relativos à obra derivada. Com efeito, se da adaptação ou tradução do programa resultar um outro programa equiparável a original, a pessoa que o tiver escrito adquirirá direitos de autor em relação à sua criação; o direito de autor relativo à obra derivada é também incluído dentro dos direitos de autor respeitantes a bases de dados, consistindo no direito de fazer ou autorizar qualquer reprodução, distribuição, comunicação, exposição ou representação dos resultados dos actos de tradução, adaptação, transformação ou qualquer outra modificação dessa base de dados ⁽⁹³¹⁾.

2. A Proposta não prevê regras especiais sobre o direito de transformação. Todavia, este direito, também chamado direito de transformação ou direito de controlar a preparação de obras derivadas, é susceptível de revestir uma especial importância no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede, tendo em conta certas utilizações dos documentos digitais, como sejam, por ex., a ligação de dois documentos na WWW (*linking*). Com efeito, em virtude de o direito à transformação da obra ser algo indeterminado, é capaz de ser estendido à informação digital, em termos que poderão interferir com o surgimento de novos mercados e com a utilização de recursos informativos.

Assim, por ex., se alguém adquire dados marcados num formato reservado, a sua transformação num outro formato poderá constituir a criação não autorizada de uma obra derivada. Todavia, este acto poderá não estar sujeito a autorização do titular de direitos, sendo de referir, por ex., que a conversão de documentos “Word Perfect” em formatos “Microsoft Word” não é geralmente posta em causa, e as empresas de processamento de texto desenvolvem por rotina filtros que facilitam esta conversão, sem que o direito de autor pareça ser afectado por isso. O mesmo parece valer, *mutatis mutandis*, para os programas de computador destinados a interagir com outros programas em termos que causam algumas modificações ao funcionamento destes.

A Convenção de Berna garante aos autores de obras literárias e artísticas o direito à obra derivada, sendo de destacar os Arts. 8.º e 12.º Este direito tende a ser compreendido em termos amplos, no sentido de abranger utilizações derivadas de obras protegidas pelo direito de autor, tais como as traduções de

p. 163; Lopheim/Cruysmans, *Les clauses particulières*, p. 389; Alpa e Lanzillo, in Alpa, *Contratti*, p. 15, 39, respectivamente; Finocchiaro, CI 1991, p. 117, n. 54).

uma obra da sua linguagem de origem para outra e as suas transformações de um meio para outro (por ex., realizar uma obra cinematográfica a partir do enredo ou intriga de uma novela). Um outro exemplo será a transformação de uma obra, como uma obra audiovisual, numa obra interactiva ⁽⁹³²⁾. Note-se, porém, que a harmonização internacional dos limites deste direito não é feita em termos detalhados, sendo deixada, de algum modo, às tradições nacionais, em que avultam “diferenças conceptuais (‘fair use’ e ‘fair dealing’ contra determinados limites precisos)” ⁽⁹³³⁾.

Num tempo de rápida mudança tecnológica, os regimes com normas de *fair use* ou *fair dealing* podem ter mais facilidades em se adaptarem aos desafios que colocam os utensílios de informação electrónica, no que respeita à regulamentação de utilizações que podem ser feitas de materiais protegidos pelo direito de autor. Nesse sentido aponta uma série de decisões da jurisprudência estadunidense que, ponderando interesses potencialmente conflitantes, decidiram com base no princípio de *fair use* que não seriam ilícitos programas de computador adicionais e outros utensílios de *software* elaborados para interagir e modificar aspectos funcionais de outros programas ⁽⁹³⁴⁾. Assim, por ex., no caso *Lewis Galoob Toys v. Nintendo of America* (9th Cir. 1992), foi posta em causa a venda de programas geralmente conhecidos como programas adicionais ou complementares, chamados *add-on programs*. A empresa *Nintendo of America* intentou uma acção contra *Lewis Galloob Toys* pela venda de um programa conhecido por “Game Genie”, o qual poderia ser utilizado em conjunto com os cartuchos de jogo *Nintendo*, permitindo aos utilizadores alterar alguns aspectos da configuração dos jogos (tais como estender o número de vidas que algumas personagens podiam ter).

⁽⁹³¹⁾ Art. 4.º-b, *in fine*, DPC, art. 5.º-e DBD.

⁽⁹³²⁾ Cfr. NII White Paper, p. 67.

⁽⁹³³⁾ Dreier, *Digitaltechnik und Urheberrecht*, p. 171.

⁽⁹³⁴⁾ Refira-se, todavia, que a utilização jurisprudencial do princípio de *fair use doctrine* foi criticada, sendo proposto, em alternativa, um sistema de licenças compulsórias (Fischer, Harvard LR 1988, p. 1726, n. 281; v., ainda, Neval e Weinreb, Harvard LR 1990, p. 1105, 1137). Um problema que se põe actualmente prende-se com o facto de a jurisprudência, lançando mão do princípio de *fair use*, ter admitido a descompilação de programas de computador para fins de interoperabilidade; porém, não é certo que, neste país, em face da legislação proposta e dos Tratados OMPI, seja lícita a produção e comercialização de dispositivos tecnológicos destinados a contornar sistemas técnicos de protecção contra descompilação, uma vez que a “licença de descompilação” foi apenas afirmada jurisprudencialmente neste país, ao invés de ter sido consagrada na lei. Contudo o entendimento oficial aponta no sentido de que “se o dispositivo de contornamento for

O jogo *Genie* permitia chegar a este resultado detectando um fluxo de sinais emitidos pelo jogo *Nintendo*, bloqueando a sua execução e substituindo um fluxo de sinais para a unidade central de processamento dos sistemas *Nintendo*.

Ora, o tribunal de recurso não considerou que o “Game Genie” devesse ser considerado como forma não autorizada de produção de uma obra derivada não autorizada (uma vez que não alterava permanentemente a configuração do jogo *Nintendo*), decidindo, não obstante, que, mesmo que isso fosse assim, deveria prevalecer a defesa de *Galoob* assente na doutrina do *fair use*, uma vez que os consumidores só poderiam utilizar o jogo *Genie* se tivessem adquirido o jogo *Nintendo*. Nessa medida, o jogo *Genie* não diminuía as vendas do programa *Nintendo*, limitando-se, antes, a aumentar o gozo dos utilizadores destes jogos. Além disso, terá prevalecido o entendimento segundo o qual, proibir esses programas apenas porque interagem com e modificam a funcionalidade de outros programas sem autorização dos respectivos titulares de direitos poderia, de facto, constituir um obstáculo à concorrência no mercado dos bens informáticos. Apesar de esta orientação jurisprudencial ser objecto de algumas críticas ⁽⁹³⁵⁾, parece-nos que consagra uma perspectiva a ter em conta, impondo certos limites ao direito à transformação da obra, sem, porém, diluir o direito de autor numa pura lógica concorrencial.

primariamente destinado e utilizado para fins lícitos, tais como o *fair use*, o dispositivo não violaria a norma, porque um dispositivo com tais propósitos e efeitos cairia sob a isenção ‘autorizado por lei’”. (NII White Paper, p. 231).

⁽⁹³⁵⁾ Vide Miller, Harvard LR 1993, p. 1022; Ginsburg, Columbia LR 1995, p. 1466 s.

⁽⁹³⁶⁾ Grosheide, *Paradigms*, p. 299.

⁽⁹³⁷⁾ A doutrina do *fair use* constitui o limite mais significativo ao exclusivo do titular do *copyright* estando expressamente consagrado na lei estadunidense, em termos de não constituir violação ao direito de autor a utilização da obra, incluindo a reprodução, para fins de crítica, comentário, informação, ensino, investigação; para determinar se a utilização no caso concreto constitui *fair use* devem ser considerados quatro factores: 1.º o objectivo e o carácter da utilização, incluindo se tal uso é de natureza comercial ou para fins educativos não lucrativos; 2.º a natureza da obra protegida; 3.º a quantidade e substancialidade da porção usada em relação à obra protegida como um todo; 4.º o efeito da utilização no mercado potencial da obra protegida ou do seu valor (USC § 107). Semelhante ao princípio do *fair use* é o *fair dealing* inglês, em que é deixado aos tribunais julgar a *fairness* da utilização em face de todas as circunstâncias do caso concreto, sendo de referir que ao lado desta cláusula geral são previstos expressamente tipos de utilização isentas de autorização como as realizadas para fins, nomeadamente, de investigação e estudo privado, para relato de informações de actualidade, para crítica ou revista (v.

Há quem entenda, com efeito, que “o direito de autor não difere acentuadamente de outras áreas do direito da propriedade intelectual: todas

Cornish, *Intellectual Property*, p. 378 s.).

Ora, nos EUA, o princípio de *fair use* consiste numa forma de defesa afirmativa (“affirmative defense”) em processos de violação dos direitos de autor, valendo de um modo geral para todas as maneiras de utilizações não autorizadas em relação a todos os tipos de obras quaisquer que sejam os media. Numa situação de *fair use*, o utilizador não necessita de obter autorização do titular de direitos ou de pagar uma remuneração (*license fee*) pela utilização. Trata-se de uma figura que foi elaborada pela jurisprudência há mais de dois séculos, sendo o exemplo mais comum a incorporação de uma “porção” de uma obra preexistente numa nova obra. Na recente decisão *Campbell v. Acuff-Rose Music* (1994), o Supremo Tribunal entendeu que as utilizações “transformadoras” seriam mais favorecidas pelo princípio de *fair use* do que utilizações que são pouco mais do que “*verbatim copying*”, sendo que, nos domínios de utilização que concorram com a exploração da obra pelo respectivo titular de direitos, torna-se mais difícil a justificação dessa utilização com base neste princípio. Os quatro factores referidos devem ser ponderados na determinação do *fair use*, não se excluindo, porém, a consideração de factores “extra” relevantes (v. NII White Paper, p. 73 s.). Como exemplos de decisões de casos de *fair use* refiram-se a gravação vídeo de programas radiodifundidos para fins não educativos nem comerciais de “time-shifting” (*Sony v. Universal City Studios*, 1984), uma paródia musical de canções populares ainda que com fins comerciais (*Campbell v. Acuff Rose*, 1994); não obstante, na apreciação do factor do efeito económico da utilização, a jurisprudência numa série de casos negou o *fair use* mesmo que para fins *prima facie* justificativos da utilização (*Encyclopaedia Britannica v. Crooks*, 1983: um sistema escolar de gravação de programas radiodifundidos para utilização posterior nas aulas; *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 1994: responsabilidade da fotocópia não autorizada de artigos de jornal com o argumento de que a obtenção de uma licença junto do *Copyright Clearance Center* não seria um ónus irrazoável). Apesar da importância tradicional desta figura como ponto de equilíbrio entre os direitos exclusivos do titular e o interesse geral da informação, ensino, investigação, a orientação oficial superior deste país considera que os “meios tecnológicos de marcação das transacções e licenças conduzirá a uma reduzida aplicação e âmbito da doutrina do *fair use*” (NII White Paper, p. 82).

Não obstante, teremos oportunidade de verificar a importância que ainda recentemente a jurisprudência atribuiu a este princípio na determinação da excepção de descompilação de programas de computador, apesar de todas as críticas que lhe foram dirigidas por se entender que “permitir cópias não autorizadas durante a descompilação poderá devastar os incentivos que a lei do *copyright* visa prestar para estimular a expressão criativa. Com efeito, há ainda o risco de que a protecção dos ‘trade-secrets’ contidos em programas de computador seja comprometida se o entendimento geral fosse que eles pudessem ser descompilados livremente. [...] Excluir a protecção das *interfaces* ou permitir a descompilação teria sido um erro em 1976 ou 1980, e, baseados no que sabemos agora, seria ainda um erro ainda maior agora” (Miller, Harvard LR 1993, p. 1026, 1036).

são, essencialmente, formas de direito da concorrência, ainda que com diferenças notáveis relativamente a conceitos e técnicas básicas e âmbitos de protecção oferecidos” (936). Não obstante, trata-se apenas de reconhecer que os poderes atribuídos pelo direito de autor têm efeitos directos e indirectos no mercado, e que a compreensão do seu sentido e limites poderá ser favorável, ou não, ao surgimento de novos mercados, à oferta de novos produtos e serviços; numa palavra, ao incentivo ou repressão da livre concorrência no domínio dos bens culturais. Sendo que cláusulas gerais como o *fair use* estadunidense ou o *fair dealing* inglês poderão ser mais flexíveis e equitativas na apreciação casuística das novas realidades tecnológicas do que um regime rigidamente codificado de regras estritas (937).

Esta argumentação não significa, porém, que no domínio da informação digital disseminada no ambiente dos sistemas informáticos em rede global todas e quaisquer modificações devam ser permitidas. Todavia, numa série de casos, é razoável perguntar, se uma compreensão ampla do direito de transformação da obra (ou direito à obra derivada) não poderá colocar obstáculos à comunicação e à concorrência no ambiente digital. Assim, por ex., no domínio dos chamados documentos multi-usos, que consistem em diversos estratos interactivos, se os titulares de direitos de autor de um estrato puderem invocar o seu direito à obra derivada para impedir que os seus utilizadores se sirvam de programas Java (*applets*) de outros fornecedores com vista a desempenhar uma função especial com o estrato desse documento,

Adiante vamos analisar as regras da descompilação, que constituem um ponto fundamental no regime da protecção dos programas de computador e põem em evidência a sua “proeminente” natureza híbrida (v. Reichman, Columbia LR 1994, p. 2480). Veremos que esta crítica de desprotecção dos segredos não colhe, não apenas porque, enquanto métodos operativos ou processos funcionais, não são protegidos pelo direito de autor (como, aliás, a jurisprudência estadunidense claramente afirmou: v., embora criticamente, Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1050 s.), mas também porque o imperativo da interoperabilidade que, a nível europeu, informa o regime da descompilação deverá prevaler, inclusivamente, sobre outras formas de protecção ressalvadas (neste sentido, com mais referências concordantes, Lehmann, *Richtlinie*, p. 19-20).

(938) Cfr. Samuelson, *Role of Copyright*, p. 26-7. Uma questão complexa que se põe na WWW é a utilização de ‘programas filtro’ que não permitem o acesso a certos locais da Internet ou a recepção de informação desses mesmos locais. Refira-se a propósito, como foi recentemente noticiado, uma decisão precedente de um tribunal do Estado de Virgínia proibindo a uma biblioteca pública a instalação de ‘programas filtro’ que impediam que os seus utentes tivessem acesso a certas páginas da Internet, em especial páginas de conteúdo pornográfico, com fundamento na violação da Primeira Emenda da Constituição

ou para impedir que os utilizadores criem um outro estrato no documento com vista a satisfazer uma necessidade pessoal, então esse direito poderá dificultar a utilização da informação digital. Mas, ao mesmo tempo, algumas formas de interacção directa com a obra protegida podem afectar os legítimos interesses do titular de direitos sem que possam encontrar fundamento em razões que justificam limites ao direito de autor: pense-se, por ex., na afixação não autorizada de um reclame publicitário numa obra colocada à disposição na Internet, e a utilização de programas de remoção e substituição dos anúncios publicitários de concorrentes apostos em jornais digitais ⁽⁹³⁸⁾.

3. Questão controversa que se discute actualmente é, justamente, saber se os titulares de direitos de autor (e de direitos de marcas) deverão ter o direito de controlar as ligações à sua informação disponível na WWW ⁽⁹³⁹⁾. Podemos fazer a analogia com uma nota de roda pé ou com outras formas de referência: uma tal ligação não será mais do que um sinal de referência identificativo de um local em que pode ser encontrada informação, criando dois pontos de navegação, um a partir do qual a ligação é feita e outro para o qual se refere. Assim, parece que os titulares de direitos de autor não deverão poder controlar, em princípio, essa ligação (*linking*). Com efeito, existem meios técnicos simples que permitem bloquear ligações não autorizadas se as elas se quiser obstar e se aqueles que inicialmente estabeleceram a ligação não desistirem de o fazer depois de terem tomado conhecimento das objecções a essa ligação ⁽⁹⁴⁰⁾.

Não obstante, se o direito de autor justificar a proibição do *linking*, então estará, de algum modo, a contrariar a *raison d'être* da WWW, que é justamente permitir a ligação e o acesso rápido a fontes de informação, a isso se devendo grande parte do seu êxito. Com efeito, “o conceito fundamental da Internet, senão da maior parte da GII [*Global Information Infrastructure*],

dos Estados Unidos, que garante o livre acesso à informação.

⁽⁹³⁹⁾ V., por ex., Ernst, NJW-CoR 1997, p. 224 s.; Koch, GRUR 1997, p. 430; Bechthold, ZUM 1997, p. 432-5.

⁽⁹⁴⁰⁾ Neste sentido, Weber, *Zivilrechtliche Haftung auf dem Information Highway*, p. 553, referindo justamente que a existência de um mecanismo protector de controlo deverá ser considerada na apreciação da responsabilidade do produtor de Hyperlinks.

⁽⁹⁴¹⁾ Fraser, JCIInfL 1997, p. 775 (v., ainda, Piette-Coudol/Bertrand, *Internet et la loi*, p. 3 s., com descrição das principais actividades da Internet: por ex., *up- e downloading*, em especial de *freeware* e *shareware*; *Telnet*; *E-mail*; *Internet Relay Chat*; *Hypertext*; *Newsgroup*).

⁽⁹⁴²⁾ Dietz, ZUM 1998, p. 443 (“Eine nur verfahrensimmantente, die erlaubte

é a partilha de uma fonte, que são os canais da rede, de modo a que todos possam beneficiar da e aceder à informação disponível”⁽⁹⁴¹⁾.

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os os sistemas de navegação e de indexação e para os dispositivos de pesquisa, os quais prestam acesso rápido a locais da rede com informação específica (*browsers, crawlers*). Embora façam cópias temporárias de informação disponível na rede, tais reproduções devem ser consideradas irrelevantes para o direito de autor, como formas de reprodução em memória tampão e de navegação de locais da rede, tal como a Proposta parece prever⁽⁹⁴²⁾. Será, por exemplo, o caso do *caching*, que consiste no armazenamento temporário num servidor para permitir o seu acesso mais rápido, sendo de especial importância para os prestadores de serviços em linha, e também no *mirroring*, que se analisa na reprodução de informação

Nutzung erst ermöglichende Vervielfältigung ohne eigenständige wirtschaftliche Bedeutung ist eben im Rechtssin keine Vervielfältigung mehr”).

⁽⁹⁴³⁾ Fraser, JCI nFL 1997, p. 776 (referindo a decisão *ACU v. Reno*, 1996: “it is no exaggeration to conclude that the Internet has achieved, and continues to achieve, the most participatory marketplace of mass speech that this country — and indeed the world — has yet seen”). Como referimos atrás, o Art. 7(1) da Proposta das Basic Proposals discutidas na Conferência de Genebra previa a adopção de um conceito muito amplo de reprodução, permitindo às Partes Contraentes a sua derrogação apenas em casos especiais, nomeadamente quando o único propósito da reprodução temporária fosse tornar a obra perceptível ou fosse de natureza transitória ou irrelevante em termos económicos. Essa norma não foi aprovada, tendo sido apenas adoptada uma Declaração Acordada que esclarece que o direito de reprodução previsto no art. 9.º da Convenção de Berna e as excepções aí permitidas (regra dos três) aplicam-se inteiramente no ambiente digital, embora se acrescente que o carregamento sob forma digital na memória de um computador constitui um acto de reprodução. A Proposta de directiva comunitária parece retomar a aceção ampla do direito de reprodução, embora excepcione expressamente certos actos economicamente irrelevantes de natureza incidental ou transitória, incluídos num processo tecnológico efectuado com o único objectivo de permitir a utilização da obra, como sejam os actos de armazenamento em memória tampão ou em memória de navegação (art. 5.º, 1, cons. 23 Proposta).

⁽⁹⁴⁴⁾ Cfr. Shaw, CoL 1997, p. 113 s. Refiram-se, ainda, dois casos dos tribunais estadunidenses relativos a ligações não autorizadas com fundamento em violação do direito de autor e do direito das marcas, que, apesar de suscitarem problemas distintos, constituirão certamente importantes precedentes para o futuro do comércio digital no ambiente de rede: num caso estava em causa um quadro que o local *Total News* construiu para fornecer aos seus utilizadores uma série de ligações para locais na WWW de fontes recém estabelecidas como a CNN; no outro discutia-se a ligação da *Microsof Network* ao local da empresa *Tickmaster* destinada a permitir aos utilizadores do primeiro adquirir bilhetes de

publicamente acessível encontrada em locais remotos para melhorar o seu acesso.

Na verdade, se for eliminada a possibilidade de o utilizador praticar estes actos sem necessidade de autorização, então corre-se o risco de “literalmente eliminar o que se tornou um dos mais importantes meios de comunicação criados” (943). Acresce que, tendo em conta que certas técnicas relativamente simples estão à disposição de quem quiser bloquear a navegação na rede em tais termos, tais utensílios parecem ser adequados para proteger os interesses dos que não quiserem servir-se dos benefícios dos agentes electrónicos de pesquisa. Mas, se o direito de autor justificar a proibição deste tipo de actos, então o aproveitamento destas potencialidades da rede poderá ser comprometido. Não obstante, é de referir o caso precedente *Shetland Times C., Ltd*, em que a jurisprudência escocesa decidiu proibir a ligação não autorizada de um local de um jornal ao local de um outro jornal na WWW (944).

§ 47. COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO E INTERACTIVIDADE

1. O direito de comunicação ao público foi consagrado expressamente apenas em benefício dos autores de bases de dados, abrangendo “qualquer comunicação, exposição ou representação pública” (art. 5.º-d, DBD). Relativamente aos programas de computador, este direito não é autonomizado, parecendo, todavia, ser, de algum modo, integrado no direito de reprodução,

concertos através da WWW (v. Weinberg, TR 1997, p. 576 s.; Omsels, GRUR Int. 1997, p. 328). Nos EUA, a DMCA veio isentar os prestadores de serviços em linha relativamente a actividades de “hyperlinks” e prestação de motores de pesquisa. A nível comunitário, a Directiva sobre o comércio electrónico deixou esta matéria para a legislação dos Estados-membros, embora tenha incumbido a Comissão de estudar a questão e propor eventuais alterações à Directiva se tal for considerado necessário. Sobre a problemática jurídica dos “hyperlinks”, dos “frames” e dos “metatags”, *vide*, nomeadamente, Mille, DAT 1998, p. 1; Nathenson, JOLT 1998, p. 260; Strowel, A&M 1998, p. 296; Curtelin, DIT 1999, p. 6; veja-se também, entre nós, Oliveira Ascensão, *Hyperlinks, Frames, Metatags*, no Forum Digital, com mais referências, e o nosso *Technodigital Property for Cyberspace*, Part II.

(945) Proposta, p. 17. No direito comparado, é de referir que a lei japonesa foi alterada (Law No. 86, 18 June 1997) no sentido de definir a transmissão interactiva como “a transmissão pública feita automaticamente a pedido do público, excluindo a transmissão pública definida sob o termo radiodifusão ou difusão por cabo” (art. 2.

na medida em que abranja operações de carregamento, visualização, execução, transmissão ou armazenamento.

ixquater: “interactive transmission” means the public transmission made automatically in response to a request from the public, excluding the public transmission falling within the term “broadcasting” ou “wire diffusion”). A transmissão interactiva, juntamente com a radiodifusão e a difusão por cabo constituem espécies do género transmissão pública [art. 2.º (viibis)]. Radiodifusão e difusão por cabo têm de comum serem transmissões públicas destinadas a recepção simultânea pelo público da transmissão com o mesmo conteúdo (v. art. 2.º (ix)(ixbis); o termo “público” caracteriza-se como incluindo um número largo de pessoas específicas (5)]. Ora, na lei japonesa, a noção de transmissão interactiva (TI) distingue-se do conceito de tornar acessível, isto é, a colocação num estado tal que torna possível a realização da TI por qualquer um dos seguintes actos: 1. (a) gravar informação numa memória de transmissão pública de um servidor de transmissão interactiva (STI) já ligado a uma rede de telecomunicação para utilização pelo público (STI é um dispositivo que, quando ligado a redes de telecomunicações para utilização pelo público, que tem por função fazer a TI de informação, é, ou gravada numa parte da sua memória como utilizada na TI (MTI — memória de TI), ou introduzida nesse dispositivo (DTI — dispositivo de TI), (b) adicionar uma informação de gravação de memória como uma memória de transmissão pública desse STI, (c) converter essa informação de gravação de memória numa memória de transmissão pública desse STI, ou introduzir informação nesse STI; 2. ligar um STI a redes de telecomunicações para utilização pelo público, que grava informação na sua memória de transmissão pública ou introduz informação em si mesmo (neste caso, quando uma série de actos é praticada como iniciar um STI ou pôr em funcionamento programas para a transmissão da recepção, o último destes actos a ocorrer será considerado como constituindo a ligação [v. art. 2.º (ixquinqües)(a)(b)]. Um dos actos previstos na hipótese da norma é a utilização de programas de computador e outras obras em redes de área local. Como refere Teruo Doi: “Sob a a definição de ‘transmissão pública’ no (vii bis), a exclusão não se aplica à transmissão de programas de computador. Isto destina-se a cobrir o desenvolvimento das chamadas LAN (Local Area Network) dentro da mesma organização. Por exemplo, uma empresa pode adquirir uma cópia individual de um programa de computador e transmiti-la do computador hóspede para RAMS (Rando Access Memories) em vários terminais dentro da mesma empresa, permitindo aos últimos armazenar temporariamente e utilizar tais programas. Sob a definição de ‘transmissão pública’, tal uso de programas de computador é submetido a controlo dos direitos de autor. Destina-se a superar uma interpretação da Lei do Direito de Autor segundo a qual o armazenamento temporário de um programa de computador na RAM não constitui ‘reprodução’”. (Doi, P&L 2/1998, p. 19; sobre a “interactive transmission” na lei japonesa, v., ainda, Hamaguchi, CUJ 1998, p. 42 s.).

No quadro dos Estados-membros, a legislação espanhola (art. 20.º, 2-*b*, LPI) terá sido pioneira ao consagrar expressamente, como parte integrante do direito de comunicação pública, “a colocação da obra à disposição do público a partir de terminais remotos” (Marco Molina, *La propiedad intelectual*, p. 323). A colocação de obras à disposição do público através de sistemas electrónicos de acesso (*electronic retrieval system*) estava já

Por outro lado, o direito de comunicação ao público foi adoptado pelos Tratados OMPI como a via adequada para integrar a chamada transmissão digital interactiva, também chamada transmissão electrónica a pedido. Na sequência dos Tratados OMPI, o direito de comunicação ao público, que tradicionalmente designa vários direitos específicos (como o direito de representação e execução, o direito de comunicação ao público através de registos sonoros e visuais, o direito de comunicação ao público por fio, o direito de radiodifusão, o direito a incluir o material protegido num programa por cabo, etc.), é considerado na Proposta de harmonização comunitária como o tipo de direito adequado para integrar a chamada transmissão interactiva a

prevista como um modo de publicação: a *electronic publishing* (v. UK CDP 1988, § 175(1)(b)/(a)). Nas palavras de Bainbridge, “o termo ‘publicação electrónica’ carece de ser precisado, mas poderá abranger a publicação através de um dos seguintes métodos: a venda, aluguer ou comodato de um suporte físico contendo uma cópia da obra ou das obras em questão, por ex., CD-ROM, disco magnético ou cassette magnética; por meio de redes de comunicação, por exemplo, a Internet ou facilidades em linha; por meios de radiodifusão, quer seja ou não encriptada, por exemplo, Prestel e CEEFAX. / Todas estas formas de *electronic publishing* são susceptíveis de protecção pelo direito de autor. Em todos os casos, as obras individuais assim tornadas disponíveis podem ser sujeitas ao direito de autor e, em alguns casos, existirão outros direitos de autor, como na radiodifusão ou programa de cabo. Adicionalmente, poderá haver protecção na forma de uma compilação”. (Bainbridge, *Intellectual Property*, p. 209).

⁽⁹⁴⁶⁾ A Directiva Satélite e Cabo definiu os actos de comunicação ao público por satélite e de retransmissão por cabo. Os satélites em causa deverão ser satélites que operem em bandas de frequência que, segundo a regulamentação jurídica das telecomunicações, sejam reservadas à radiodifusão de sinais que se destinem a ser captados pelo público ou à comunicação individual não pública, se bem que neste último caso seja necessário que a recepção individual dos sinais se processe em termos semelhantes aos do primeiro caso (art. 1.º, 1). Assim, o acto de comunicação ao público por satélite consiste no acto de introdução, sob o controlo e a responsabilidade do organismo de radiodifusão, de sinais portadores de programas que se destinam a ser captados pelo público numa cadeia ininterrupta de comunicação conducente ao satélite e deste para a terra; porém, se os sinais portadores de programas forem codificados, dispõe-se que a comunicação ao público por satélite realizar-se-á na condição de os meios de descodificação da emissão serem postos à disposição do público pelo organismo de radiodifusão ou com o consentimento. (art. 1.º-*a/c*). Por seu turno, a retransmissão por cabo é definida como a retransmissão ao público, simultânea, inalterada e integral, por cabo ou microndas, de uma emissão primária a partir de outro Estado-membro, com ou sem fio, incluindo por satélite, de programas de televisão ou rádio destinados à recepção pelo público (art. 1.º, 3). Sobre esta directiva, v. Sorkin, *Satellite and Cabel*, p. 213; Lipszyc, *Satélite y cable*, p. 197; v., ainda, Dreier, ZUM 1995, p. 458; White/Bate/Johnson, *Satellite*, 1994.

pedido, definida esta como “a colocação à disposição de terceiros de uma obra ou outro material armazenado num formato digital de forma interactiva, isto é, acesso a partir do local e no momento por eles escolhido indevidamente”, *rectius*, individualmente ⁽⁹⁴⁵⁾.

Trata-se da transmissão electrónica de textos, filmes, fonogramas, *software* ou bases de dados através de redes como a Internet para o computador pessoal de um consumidor ou outra unidade digital, num determinado momento escolhido individualmente a pedido. Estas transmissões a pedido caracterizam-se pelo facto de o material armazenado sob formato digital ser facultado ao público ou a membros do público de modo a que estes possam ter acesso aos mesmos e requerer (a pedido) a sua transmissão individualmente, no que se refere a tempo e local, para um computador pessoal ou outra unidade digital. Nessa medida, considera-se que a transmissão interactiva está fora do âmbito da noção de radiodifusão (que consiste num programa pré-definido ponto a multi-ponto ⁽⁹⁴⁶⁾) e não se traduz numa mera comunicações privada ⁽⁹⁴⁷⁾.

Esta Proposta, apresentada em consonância com os Tratados OMPI, parte do princípio de que as transmissões a pedido não são abrangidas actualmente pelo direito comunitário, tendo o direito de comunicação ao público sido apenas parcialmente harmonizado, nomeadamente no domínio

⁽⁹⁴⁷⁾ Ao contrário da posição anteriormente sustentada, em que assimilava as transmissões interactivas a pedido em linha aos direitos de aluguer e comodato (Livro Verde 1995, p. 30, 58; no mesmo sentido, NII White Paper, p. 213-7), a Comissão pronunciou-se no Seguimento 1996 (p. 13-4) a favor da protecção destas transmissões a pedido com base no direito de comunicação ao público, constituindo a acessibilidade da obra para qualquer membro do público o aspecto relevante neste contexto, com a consequência, nomeadamente, de não lhe aplicar certas excepções para utilização privada e de não o sujeitar ao princípio do esgotamento do direito. A qualificação da transmissão digital em linha como um acto de comunicação ao público tinha sido já adoptada por alguma jurisprudência europeia, sendo de destacar a decisão de 14 de Agosto de 1996 do Tribunal de Grande Instância de Paris no caso *Soc. Art Music France e Warner Chappell France v. Ecole Nationale Supérieure des Telecommunications* (v. RIDA 1997, p. 361 s.), consagrando a solução proposta por alguns autores nesse país (v., por ex., Desurmont, RIDA 1996, p. 55 s.). Em termos semelhantes, um tribunal belga consagrou essa qualificação na decisão *AGJPB v. Central Station* de 19 de Outubro de 1996 (Tribunal de Première Instance de Bruxelles, n.º 96/6601/A, exemplar, ainda inédito, gentilmente cedido pelo Presidente da SPA, Dr. Luiz Francisco Rebello; v. também, Strowel/Triaille, *Le droit d'auteur*, p. 396).

⁽⁹⁴⁸⁾ Proposta, p. 20. Também na Alemanha o enquadramento sistemático da transmissão em linha a pedido foi objecto de intenso debate entre os autores. Uns pronunciaram-se a favor da sua inclusão no direito de distribuição, uma vez que, sob

das bases de dados, em cujo regime se prevê a protecção de “qualquer forma de pôr à disposição do público a totalidade ou uma parte substancial do conteúdo da base de dados[...] em linha ou sob qualquer outra forma” (art. 7.º, 2-b, DBD). Esta disposição abrangeria, portanto, a transmissão a pedido do conteúdo de uma base de dados, constituindo o precedente de regulação desta matéria. Refere-se, ainda, que “o Tratado da OMPI sobre direito de autor alarga, no seu art. 8.º, a todas as categorias de obras o direito exclusivo tradicional dos autores à comunicação não interactiva ao público, por fio ou

um prisma económico, a transferência de exemplares incorpóreos de obras seria semelhante à transmissão de exemplares corpóreos (v. Gallus, *Elektronisches Publizieren*, p. 65; Kappes, *Informationssammlungen*, p. 111-2; Becker, ZUM 1995, p. 245; Schwarz, GRUR 1996, p. 842; Lehmann, NJW-CoR 1996, p. 251, n. 11; Katzenberger, AfP 1997, p. 437). Esta era, aliás, a orientação proposta pelos oficiais estadunidenses, considerando não haver “qualquer razão para tratar as obras distribuídas em cópias ao público por meio de transmissão diferentemente das obras distribuídas em cópias ao público através de outros meios mais convencionais. (No futuro, a transmissão pode tornar-se o meio convencional de distribuição.) As cópias distribuídas por via de transmissão são tão tangíveis como quaisquer outras distribuídas pelo balcão ou através do correio. Através de cada método de distribuição, o consumidor recebe uma cópia tangível da obra” (NII White Paper, p. 216)].

Todavia, esta orientação era contestada por outros, que, partindo da distinção entre exploração corpórea e incorpórea das obras constante do § 15 UrhG, entendiam que o *Verbreitungsrecht* enquadrava-se nas formas de exploração corpórea, pelo que não podia aplicar-se às transmissões em linha a pedido. Além disso, um outro obstáculo à consideração da transmissão em linha a pedido como integrando o direito de distribuição resultava da circunstância de que o transmitente, por força do efeito da multiplicação, não ficaria com menos exemplares do que aqueles que tinha, não havendo, portanto, distribuição propriamente dita. Assim, partindo da inadequação do direito de distribuição, alguns autores propuseram a qualificação da transmissão em linha a pedido como emissão de radiodifusão segundo o § 20 UrhG (v. Spindler, ZUM 1996, p. 243; Müller-Hengstenberg, NJW 1996, p. 1779). Todavia, esta posição era criticada em razão das diferenças várias entre a transmissão em linha a pedido e a emissão de radiodifusão: enquanto nesta última o horário, local, conteúdo e duração são determinados pelas empresas de radiodifusão (ponto a multiponto), na primeira a interactividade permite ao utilizador determinar o início, conteúdo e duração da transmissão (ponto a ponto). Ou seja, o carácter comunicativo individual da transmissão em linha a pedido é estranho à emissão de radiodifusão. A terceira via proposta, acolhida pela Comissão e consagrada nos Tratados OMPI, considerava a transmissão em linha a pedido como uma forma inominada do direito de comunicação ao público (*Recht der öffentlichen Wiedergabe*, § 15, II UrhG), atendendo à natureza aberta deste direito, tratando-a como direito de transmissão digital ou incorpórea e sendo o requisito da publicidade satisfeito uma vez que o critério não estaria na recepção

sem fio. Além disso, declara expressamente que o direito de comunicação ao público inclui a ‘colocação das suas obras à disposição do público de forma a torná-las acessíveis a membros do público a partir do local e no momento por eles escolhido individualmente. Este aspecto do direito refere-se à nova actividade interactiva. A formulação adoptada reflecte a proposta apresentada nesta matéria pela Comunidade e pelos seus Estados-membros durante as negociações” (948).

Propõe-se a harmonização do direito de comunicação ao público, por ou sem fio, incluindo a colocação das suas obras à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a membros do público a partir do local e no momento por eles individualmente escolhido (art. 3.º Proposta). Em comentário a este articulado, clarifica-se que a expressão ‘comunicação ao público’ cobre qualquer forma ou processo diferente da distribuição de cópias

mas antes no acto de colocação à disposição do público, isto é, na acessibilidade pública mediante transmissão em linha a pedido (v. Wachter, GRUR Int 1995, p. 862; Hoeren, CR 1996, p. 518; Loewenheim, GRUR 1996, p. 1996; Waldenberger, ZUM 1997, p. 178; Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 137).

(949) Proposta, p. 28. O critério decisivo de distinção entre comunicação ao público por radiodifusão e por serviço interactivo, traçado já na Directiva Televisão I, é o facto de, nestes últimos, os membros do público poderem aceder ao material protegido a partir do local e no momento por eles individualmente escolhido. Note-se, porém, que a radiodifusão e os serviços interactivos, independentemente do seu meio de transmissão, podem integrar a categoria dos serviços de acesso condicional, na medida em que o acesso ao serviço à distância seja condicionado a uma autorização prévia que tem por objectivo assegurar a remuneração do serviço, abrangendo, designadamente, os serviços televisivos e radiofónicos por assinatura, o vídeo a pedido, o audio a pedido, a edição electrónica e um vasto leque de serviços em linha, os quais são prestados ao público com base numa assinatura ou numa tarifa em função da utilização, como se pode ler na Exposição de Motivos da proposta de directiva relativa à protecção jurídica dos serviços de acesso condicional (p. 4).

Todavia, a categoria dos serviços interactivos restringe-se à figura dos “teleserviços” consagrada pelo legislador alemão (*Teledienstgesetz* — TDG, Art. 1 da *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz* — IuKDG, 1-8-97). A TDG define os teleserviços como “todos os serviços electrónicos de informação e comunicação, destinados a utilização individual de dados combináveis tais como caracteres, imagens e sons, e baseados em transmissão por meios de telecomunicação” (§ 2 (2)). Para ilustrar esta noção é fornecido um catálogo de exemplos, no sentido de abranger, expressamente: 1. os serviços financeiros à distância (*telebanking*), a troca de dados; 2. os serviços de informação sobre o trânsito, o clima, o ambiente ou o mercado bolsista e a disseminação de informação sobre bens e serviços; 3. serviços prestando acesso à Internet ou a outras redes; 4. serviços oferecendo acesso a telejogos; 5. bens e serviços oferecidos e listados em bases de dados electronicamente acessíveis e com acesso interactivo e a possibilidade de encomenda directa. Depois, a §

2 (4) exclui do âmbito de aplicação da TDG, *inter alia*: 1. os serviços de telecomunicações e a prestação comercial de serviços de telecomunicações previstos no § 3 da Lei das Telecomunicações, de 25 de Julho de 1996 (*Telekommunikationsgesetz* — TKG); 2. a radiodifusão. Ou seja, a radiodifusão, bem como os serviços de telecomunicações, são excluídos da noção de teleserviços para efeitos da TDG, noção esta que, portanto, é mais restrita que a de serviços à distância consagrada na Proposta de Directiva sobre a protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, a qual abrange, expressamente, a radiodifusão televisiva e sonora (v. art. 1.º (a)), parecendo corresponder aos chamados serviços da Sociedade da Informação.

A noção de “teleserviços” tem especial importância no domínio das regras de responsabilidade dos prestadores deste tipo de serviços. Com efeito, a TDG responsabiliza-os pelos conteúdos informativos próprios que tornam disponíveis nos termos gerais, excluindo, porém, o regime da “*Produkthaftung*” (§ 5 (1)); depois, prescreve o critério da *culpa in vigilando* para os conteúdos de terceiros no contexto da “edição electrónica” e exclui a sua responsabilidade nos casos de simples prestação de acesso a conteúdo de terceiros (v. Schaefer/Rasch/Braun, ZUM 1998, p. 452). Não obstante, este precedente de direito comparado não deixa de ser problemático, ao excluir, por argumento *a contrario*, o regime jurídico da responsabilidade do produtor, instituído, entre nós, pelo Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro (que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos), sobretudo, se se entender que é extensível a produtos digitalizados, como sejam os programas de computador e os produtos multimedia em geral, equiparando-os à electricidade que não é excluída da noção de produto consagrada na directiva (Vandenbergh, *European Perspectives*, p. 402: “Products also include electricity”). Tanto mais que distingue a mera prestação de serviço de acesso, da “distribuição” de produtos de informação via electrónica, sejam produzidos pelo próprio, sejam de terceiros. O problema da responsabilidade do produtor de informação defeituosa, em especial programas de computador, e dos prestadores de serviços em linha constitui, é certo, uma questão horizontal, que tem a ver com a responsabilidade extracontratual na Internet e com a aplicação neste domínio de regras válidas para outros meios de comunicação, por ex., a radiodifusão audiovisual (v., por ex., Heyl, Degenhart, Ring, ZUM 1998, p. 115, 333, 358; Tettenborn, MMR 1998, p. 18 s.). Como se deu conta no Livro Verde Convergência, referindo-se a este problema: “Em alguns casos pode haver o risco de, apesar das definições actuais, a nível comunitário, das actividades de radiodifusão e de telecomunicações, os regulamentadores de alguns Estados-membros submeterem um determinado serviço novo a um dado regime regulamentar, enquanto noutros Estados-membros se considera que esse serviço está sujeito a um regime diferente (...) Um exemplo de insegurança regulamentar ocorreu durante a recente campanha eleitoral em França. As regras que proíbem a publicação de resultados de sondagens na semana que precede as eleições foram aplicadas aos meios de comunicação social fora de linha, mas não à Internet. Nestas circunstâncias, diversos editores ignoraram a proibição que colocava em desvantagem os meios de comunicação social tradicionais.” (p. 22).

Um outro exemplo é saber se o regime das mensagens publicitárias se deverá aplicar

no ambiente digital das redes informáticas, de que é exemplo paradigmático a Internet. Com efeito, os serviços de difusão por satélite e por cabo de sinais televisivos e radiofónicos encontram-se sujeitos ao regime da publicidade vertido, entre nós, no Código da Publicidade. Este Código não apenas transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa, mas também, recentemente, a Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa (sobre a directiva publicidade comparativa, por ex., Tilmann, GRUR Int. 1997, p. 790). Além disso, o Código da Publicidade transpõe também regras das Directivas Televisão I e II, além de receber no ordenamento nacional a Convenção Europeia sobre a Televisão sem Fronteiras. Ora, serão válidos no ambiente digital em rede os princípios da licitude, do respeito dos direitos dos consumidores, da identificabilidade e da veracidade que regulam o direito da publicidade? Será aplicável neste domínio a medida cautelar consagrada no art. 41.º, 7, do Código da Publicidade, segundo a qual, quando a gravidade do caso o exija e sempre que do facto resulte contribuição para a reparação dos efeitos da publicidade ilícita, podem as entidades competentes para a fiscalização ordenar ao anunciante a difusão, a expensas suas, de publicidade correctora, determinando o respectivo conteúdo, modalidade e prazo de difusão? E, para além das regras sobre a publicidade televisiva e as televendas, serão aplicáveis as regras do patrocínio, como, por ex., a que Directiva Televisão II introduziu, no sentido de o permitir, em certos termos, a favor de entidades cujas actividades incluam o fabrico ou venda de medicamentos e tratamentos médicos (art. 1.º, 19-b)? E as regras relativas à “protecção dos menores e ordem pública”, no sentido de as emissões televisivas dos organismos de radiodifusão não incluírem quaisquer programas susceptíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores (cenas de pornografia ou de violência gratuita, incitamento ao ódio por razões de raça, sexo, religião ou nacionalidade)?

De facto, é questionável que haja analogia entre estas duas formas de comunicação, a radiodifusão e a Internet, pois que, justamente, “as informações transmitidas não são realmente nenhum programa em sentido próprio e que praticamente cada um pode encontrar-se seja como fornecedor de informação seja como utilizador” (Büttler, *Rundfunk-oder Fernmeldedienst?*, p. 173-4). Com efeito, serão mobilizáveis, neste domínio, precedentes jurisprudenciais firmados no domínio dos serviços de telecomunicações de sinais televisivos, como é exemplo paradigmático o caso *Hillsboro* no Reino Unido (*Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police*)? Em traços gerais, os telespectadores de um programa televisivo viram imagens reais na televisão de um desastre em massa envolvendo pessoas queridas e reclamaram ter sofrido choques nervosos por causa disso; a House of Lords reconheceu a diferença entre ver uma tal cena na televisão e ler sobre isso nos jornais, mas tratou de limitar o número de potenciais *claimants* por via da requisição de um *nexus* apertado entre o receptor da radiodifusão e o assunto i.e. uma relação próxima de amor e afecto entre o telespectador e a pessoa cuja morte ou mutilação estava sendo descrita; porém, os factos do caso não eram constitutivos de responsabilidade porque as imagens de radiodifusão, de acordo com os códigos de radiodifusão, não identificavam especificamente indivíduos

vítimas/parentes dos telespectadores (v. Taylor, *Consumer Protection*, p. 393).

Seria descabido tratar aqui todas estas questões, pois seríamos levados para longe do nosso objecto. Mas refira-se, todavia, que este problema também afecta o direito de autor, na medida em que esses produtos de informação digitalizados distribuídos em linha constituem, muitas vezes, material protegido pelo direito de autor e direitos conexos. Por outro lado, a distribuição em rede (*maxime*, na Internet) destes produtos ganha significado crescente com o desenvolvimento do comércio electrónico. Em vez da informação incorporada em suportes materiais de dados, pratica-se cada vez mais a pura transferência em linha dos produtos, sendo de referir, ainda, que determinadas formas de programas, como os *Browsers* ou os *Scanners* de Virus na Internet, podem permitir o controlo de vias de distribuição na Internet. Por todas estas razões, não deixa de ser problemática a responsabilidade do produtor de informação e os termos do “privilégio” estabelecido pela nova lei alemã (Spindler, MMR 1998, p. 23). Todavia, a dimensão de serviços envolvida e a natureza incorpórea destes produtos são dois argumentos favoráveis à exclusão do regime da responsabilidade objectiva ao produtor deste tipo de bens. Isso permitirá clarificar a questão, sendo que ainda há meia dúzia de anos se escrevia que: “Hoje é completamente não claro saber se a informação é considerada um produto no sentido da Directiva. Os poucos comentadores que se manifestaram sobre o assunto até agora estão divididos.” (Vandenbergue, *European Perspectives*, p. 402).

Por outro lado, a distinção entre serviços interactivos e radiodifusão não parece ser consagrada na Lei das Telecomunicações. A radiodifusão é prevista na noção legal de serviços de telecomunicações. Com efeito, nos termos da definição constante do art. 2.º, 4, da Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto (que define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações), por “serviços de telecomunicações entende-se a forma e o modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações.” Sendo que, a delimitação desta definição depende de dois conceitos, que o legislador também fornece: telecomunicações e redes de telecomunicações. Relativamente ao primeiro, por telecomunicações entende-se, nos termos do art. 2.º, 2: “a transmissão, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fios, por sistemas ópticos por meios radioeléctricos e por outros sistemas electromagnéticos.” Relativamente ao segundo, por redes de telecomunicações entende-se, nos termos do art. 2.º, 7, “o conjunto de meios físicos, denominados infra-estruturas, ou electromagnéticos que suportam a transmissão, recepção ou emissão de sinais”. Especial importância assume a interligação das redes, isto é, “a ligação física e lógica das redes de telecomunicações utilizadas por um mesmo ou diferentes operadores por forma a permitir o acesso e as comunicações entre os diferentes utilizadores dos serviços prestados” (art. 2.º, 9). Em suma, vertendo todos estes elementos num conceito unitário global, os serviços de telecomunicações definem-se como a forma e o modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações em interligação (isto é, de conjuntos de meios físicos ou electromagnéticos que suportam a transmissão, recepção ou emissão de sinais, representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fios, por sistemas ópticos, por meios radioeléctricos e por outros sistemas electromagnéticos, sendo que as redes

utilizadas por um mesmo ou diferentes operadores encontram-se em ligação física e lógica por forma permitir o acesso e as comunicações entre os diferentes utilizados dos serviços prestados).

Por outro lado, os serviços de telecomunicações são classificados em dois tipos segundo duas ordens de critérios. Para começar, distinguem-se consoante sejam destinados ao público em geral ou ao uso próprio ou a um número restrito de utilizadores, denominando-se, respectivamente: *a)* serviços de telecomunicações de uso público; *b)* e serviços de telecomunicações privadas (art. 5.º, 5). Segunda, quer sejam de uso público, quer privadas, distinguem-se nos serviços de telecomunicações os que implicam prévio endereçamento daqueles em que a comunicação se realize num só sentido, simultaneamente, para vários pontos de recepção e sem prévio endereçamento: *a)* enquanto os primeiros chamam-se serviços de telecomunicações endereçados; *b)* os segundos designam-se serviços de telecomunicações de difusão ou teledifusão (art. 2.º, 6). Esta última distinção é importante na delimitação do âmbito de aplicação do diploma, porque este “não se aplica aos serviços de telecomunicações de difusão” (art. 1.º, 2).

Assim, apesar de a radiodifusão ser excluída do âmbito deste diploma, é prevista como uma das espécies de serviços de telecomunicações. Por outro lado, os termos amplos em que o nosso legislador definiu o conceito de serviços de telecomunicações, abrangendo a radiodifusão, suscita o problema de saber se nessa noção são incluídos os teleserviços de que fala a TDG alemã ou os “serviços da Sociedade da Informação”, na terminologia da referida Proposta de Directiva sobre serviços de acesso condicional. Com efeito, apesar de ter operado a definição, e as respectivas classificações, dos serviços de telecomunicações, o legislador não forneceu um elenco, sequer exemplificativo, das “formas e os modos de exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação de redes de telecomunicações”. Na verdade, o texto legal não fornece ao intérprete um catálogo de exemplos capazes de ilustrarem concretamente os serviços de telecomunicações. Mas, não poderia o legislador ter ilustrado esta noção com exemplos típicos na *praxis* concreta dos serviços de telecomunicações? Na verdade, esta norma definitiva é susceptível de gerar dificuldades ao nível da sua concretização interpretativa. Quais são, *in concreto casu*, as formas e os modos de exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação de redes de telecomunicações? *Prima facie*, parece estabelecer-se uma noção ampla de serviços de telecomunicações, abrangendo, segundo as classificações operadas, não apenas os destinados ao público em geral (uso público) e ao uso próprio ou a um número restrito de utilizadores (privativas), mas também os que implicam prévio endereçamento (endereçados) e, ainda, aqueles em que a comunicação se realiza num só sentido, simultaneamente, para vários pontos de recepção e sem prévio endereçamento (difusão ou teledifusão). Não obstante — *et pour cause* —, a concretização exemplificativa desta noção é importante, uma vez que define o género de serviços de telecomunicações previstos na hipótese do respectivo regime jurídico, o qual, apesar de excluir do seu âmbito de aplicação os serviços de telecomunicações de difusão, define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações.

Pelo que, interessa saber, em particular, quais as diferentes espécies de serviços de telecomunicações e como se denominam na linguagem corrente. Ora, exemplos de

serviços de telecomunicações endereçados parecem ser o telégrafo, o telefone, o telefax e o video-fone. Por seu turno, parece que a difusão por satélite ou por cabo de sinais radiofónicos e televisivos constituem serviços de telecomunicações. Refira-se, a este propósito, a distinção entre serviços de telecomunicações, serviços de cabo e serviços de informações constante da Lei das Telecomunicações estadunidense de 1996 (*Telecommunications Act of 1996*, Pub. L. 104-104, Feb. 8, 1996). Consistindo as telecomunicações na “transmission, between or among points specified by the user, of information of the user’s choosing, without change in the form or content of the information as sent and received” (47USC § 153(48)), os serviços de telecomunicações são definidos como “offering telecommunications for a fee directly to the public or to such classes of users as to be effectively available directly to the public, regardless of the facilities used” (47USC § 153(51)). Ao lado da categoria dos serviços de telecomunicações são previstos dois tipos especiais de serviços à distância com faculdade de interactividade: os serviços de cabo e os serviços de informação. Os serviços de cabo consistem na “one-way transmission to subscribers of video or other programming service and subscriber interaction, if any, required for selection or use of such programming or other service” (47USC § 522(6)). Os serviços de informação consistem em “offering a capability for generating, acquiring, storing, transforming, processing, retrieving, or making available information via telecommunications including electronic publishing” (47USC § 153(41)). Ou seja, ao lado dos serviços de telecomunicações distinguem-se os serviços de cabo e, ainda, os serviços de informação. Estes últimos distinguem-se pela nota da interactividade, que também pode estar presente nos serviços de cabo, embora, ao que parece, sejam prestados via telecomunicações. Portanto, ao lado dos serviços de telecomunicações em sentido estrito, existem outros que, embora sejam feitos através deste modo de comunicação, daqueles se distinguem. A esta distinção parece corresponder, aliás, aquela operada pelo legislador alemão entre serviços de telecomunicações, radiodifusão e os serviços de informação em linha.

Regressando à nossa lei, verificamos que outros grupos de casos há que se afiguram mais problemáticos. Trata-se da comunicação à distância no mercado virtual, potenciado pelas tecnologias digitais e pela convergência tecnológica da informática, das telecomunicações e dos media, naquilo que se chamam os sistemas multimedia em linha, *maxime* na Internet. Em particular, são os serviços electrónicos de informação em linha, a televisão interactiva e, de um modo geral, os teleserviços (por ex., o telebanco, a telemedicina, a teleconsultadoria, a telepedagogia, audio-vídeo-a-pedido). Trata-se, ainda, nestes casos de serviços de telecomunicações? Ou, antes pelo contrário, estaremos perante uma realidade diferente? O legislador terá querido abranger, também, estas situações na definição de serviços de telecomunicações? Assim, por exemplo, dever-se-á considerar que o vídeo-a-pedido constitui uma forma e um modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações? Em termos idênticos, a prestação de informação em linha via Internet constituirá uma forma e um modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações? Os exemplos sucedem-se e a resposta negativa afigura-se, de algum modo, problemática. *Quid iuris?* Em face da nossa lei, estes serviços deverão ser qualificados como serviços de telecomunicações?

Socorrendo-nos da noção de teleserviços da lei alemã, decorre que a prestação destes serviços depende da prestação de serviços de telecomunicações. Assim, por exemplo, só poderá ser prestado o teleserviço de acesso à Internet, bem como os demais que esta torna possíveis, a quem for utilizador de um serviço telefónico de telecomunicações. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os telejogos, o *teleshopping*, etc. Com efeito, uma coisa são as “infra-estruturas da informação e da comunicação” e os serviços que as compõem. Trata-se das “auto-estradas da informação” e dos serviços de telecomunicações, os quais abrangem a difusão por satélite e por cabo, na definição do nosso legislador. Outra coisa é a informação *lato sensu* que aí corre e os serviços em que se traduz. Trata-se, agora, dos teleserviços, isto é, dos serviços cuja prestação é tornada possível pelos meios de telecomunicações, a saber: o *teleshopping*, os serviços de informação, os telejogos, o audiovisual a pedido, etc. Porém, da letra da nossa lei resulta uma noção algo ampla dos serviços de telecomunicações, parecendo abranger também os teleserviços. Os serviços de telecomunicações, definidos como “a forma e o modo da exploração do encaminhamento e ou distribuição de informação através de redes de telecomunicações” (art. 2.º, 4), são susceptíveis de revestir, portanto, dois sentidos. Um, mais amplo, abrangendo, de igual modo, os teleserviços. Outro, mais restrito, excluindo estes últimos, isto é, considerando apenas os serviços de telecomunicações, independentemente dos restantes serviços que a sua prestação torna possível. Não obstante, casos há que suscitam algumas dúvidas, em virtude da sua natureza algo híbrida ou mista. Pense-se, por exemplo, nos sistemas telemáticos, como o célebre Minitel francês, e nas redes digitais com integração de serviços (RDIS) que se utilizam, por exemplo, na comunicação entre empresas via EDI ou TEDIS (troca electrónica de dados informatizados). Pense-se, ainda, na video-conferência e no correio electrónico. A lei alemã, como vimos, inclui na definição de teleserviços os serviços de troca de dados e de prestação de acesso à Internet e a outras redes. Não obstante, há pontos duvidosos, uma vez que, em certos casos, estes “teleserviços” são prestados no seio de uma infra-estrutura de telecomunicações criada especialmente para o efeito, ou seja, os teleserviços parecem confundir-se com os serviços de telecomunicações. Um outro exemplo da complexidade deste fenómeno é o serviço de televenda previsto e regulado pela Directiva Televisão II, que, *inter alia*, altera o regime dos tempos de emissão, subordinando os serviços de televenda a um conjunto de regras adequadas que regulamentam a forma e o conteúdo dessas emissões (cons. 36). Nos termos do art. 1.º, 1-d), por televenda entende-se a “difusão de ofertas directas ao público, com vista ao fornecimento de produtos ou à prestação de serviços, incluindo bens móveis, direitos e obrigações, a troco de remuneração”. O nosso legislador acrescentou a esta noção o elemento de realização dessa difusão por canais televisivos, parecendo excluir outras formas de difusão (art. 25.º-A Código da Publicidade).

Mas, a televenda trata-se de um serviço de telecomunicações ou de um teleserviço? Segundo a nossa lei, tratar-se-á, ainda, de um serviço de telecomunicações uma vez que consiste numa actividade de radiodifusão. A lei alemã TDG não abrangerá estes serviços no conceito de teleserviços, uma vez que do seu âmbito é excluída a radiodifusão. Porém, estes serviços de televenda serão, ainda, enquadráveis na noção de serviços à distância constante da referida Proposta de Directiva sobre a protecção jurídica dos serviços de acesso condicional. Note-se, ainda, que os serviços de televendas não se confundem com

as técnicas de comunicação à distância que utilizam, sendo de referir que a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (JO L 144, 04-06-1997, p. 19: “Directiva Contratos à Distância”), contempla no catálogo indicativo das técnicas de comunicação à distância (art. 2.º, 4, e Anexo I) o telefone, a rádio, a televisão, o telefax, o correio electrónico, o videofone e o videotexto, que integram o “sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor” (art. 2.º, 1). Vale isto por dizer que o sistema de *teleshopping* organizado pelo fornecedor, embora se socorra de serviços prestados pelo operador de técnicas de comunicação (isto é, “qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, cuja actividade profissional consista em pôr à disposição dos fornecedores uma ou mais técnicas de comunicação à distância”: art. 2.º, 5), não se confunde com elas, podendo dizer-se que a utilização destes sistemas, não obstante ser feita por via de um serviço de telecomunicações — *et pour cause* —, constitui, de *per se*, a prestação de um serviço, de um “teleserviço”. Acrescente-se que, nessa medida, o regime especial da venda por correspondência (v. art. 8.º do Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, tendo sido, posteriormente, alterado pelo Decreto-Lei n.º 243/95, de 13 de Setembro) poderá ser aplicável a certas formas de teleserviços (neste sentido, Pinto Monteiro, *Protecção jurídica do consumidor de telecomunicações*, p. 155). O que se revestirá de especial importância como medida de protecção do consumidor no âmbito do comércio electrónico.

Porém, seria descabido tratar aqui demoradamente o problema da protecção do consumidor de teleserviços na Internet (sobre o problema, v. Arnold, CR 1997, p. 526; Köhler, Martinek, NJW 1988, p. 185, 207). Apenas procuramos saber em que termos a distinção entre radiodifusão e serviços interactivos está já consagrada na nossa lei, pois que isso interessa em matéria de direito de autor. Claro que é uma questão importante saber quais os direitos dos consumidores no ambiente digital em rede interactiva. Os consumidores, enquanto tais, têm, direitos fundamentais consagrados na letra da lei constitucional (art. 60.º CRP), nomeadamente, os direitos à qualidade dos bens e serviços, à formação e à informação, à reparação de danos. Direitos estes que são explicitados na Lei de Defesa do Consumidor (arts. 3.º a 15.º Lei n.º 24/96, de 31 de Julho), e têm carácter injuntivo (art. 16.º). Topicamente, seria importante saber se e em que termos seriam aplicáveis, no ambiente digital a rede, diversas normas, como, por ex.: a regra segundo a qual a informação das mensagens publicitárias poderá, em certos termos, considerar-se parte integrante do conteúdo dos contratos que venham a celebrar-se, tendo por não escritas as cláusulas contratuais em contrário (art. 7.º, 5); o relevo especial do dever de informação que sobre o fornecedor impende (art. 8.º); a protecção da “inércia” do consumidor, não tendo, nomeadamente, a obrigação de pagar bens ou serviços que não tenha expressamente encomendado ou solicitado (art. 9.º, 5); a proibição de o fornecedor fazer depender o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço do fornecimento de um bem ou da prestação de outro serviço (art. 9.º, 6); o direito de retratação nos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais do prestador dos serviços (art. 9.º, 7; v. também regime das vendas por correspondência); o direito de acção inibitória e a legitimidade

processual activa dos consumidores directamente lesados (arts. 10.º e 13.º).

Seria também importante apurar, para além dos direitos previstos nesta *magna carta* dos consumidores, em que termos se aplicaria o regime jurídico das “cláusulas contratuais gerais” às chamadas licenças *click-wrap* (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Janeiro, que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993), ao nível não apenas da formação do contrato, mas também do controlo do conteúdo e, ainda, a nível orgânico-processual (pondo-se, aqui, a questão da pertinência de um serviço electrónico em linha de registo das cláusulas contratuais abusivas). Sendo que, desde logo, juntamo-nos ao Prof. Pinto Monteiro na defesa da interpretação do art. 1.º da nossa lei em conformidade com a directiva, de modo a que, ao menos no âmbito das relações com os consumidores, o regime se aplique a cláusulas pré-elaboradas, independentemente do requisito da sua generalidade e indeterminação (Pinto Monteiro, RDM 1996, p. 101, sustentando a interpretação conforme à directiva e criticando a solução legislativa por esta não ter resolvido convenientemente o problema: “el legislador, habiendo intervenido, debería haber encarado y resuelto este problema de forma clara e inequívoca. Y podría haber bastado (excepto las disposiciones sobre la acción inhibitoria) a todas las cláusulas redactadas previamente, en los términos anteriormente expuestos, al menos en las relaciones con los consumidores” — v., ainda, Pinto Monteiro, ERPL 1995, p. 231 s.; tratar-se-á esta de uma excepção infeliz à regra segundo a qual: “Es ist manchmal eine übertriebene Sorge unseres Gesetzgebers festzustellen, den Richtlinien sehr nahe — fast wörtlich — zu folgen”. Pinto Monteiro, BFD 1993, p. 359; veja-se agora a Decreto-Lei n.º 249/99, 31-7, que a nosso ver é “equivoco”, não resolvendo o problema, que aliás não existia). Para além do problema das cláusulas abusivas nas licenças *on line*, seria importante apurar os termos da aplicação do regime do crédito ao consumo no contexto do *teleshopping* (Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 87/192/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo), para não falar outra vez do problema do regime da publicidade e da responsabilidade do produtor de informação defeituosa.

Não vamos tratar, portanto, do problema da protecção do consumidor de teleserviços, ainda que estes se analisem na prestação de material protegido pelo direito de autor e direitos conexos. Isso desviar-nos-ia do nosso tema central exigindo um outro trabalho de investigação. Tanto mais que, desde logo, o conceito jurídico de consumidor só por si levanta diversos problemas, resultante, como destaca Zeno-Zencovich, de uma certa indeterminação da categoria (v. Zeno-Zencovich, “Consumatore (tutela del)”, in *Enciclopedia Giuridica*). Assim, por ex., o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 230/96, de 29 de Novembro, na sequência da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, relativa à protecção do utente de serviços públicos (sobre esta lei, Pinto Monteiro, AJURIS 1998, p. 224 s.), da qual os consumidores de serviços, por ex., de telecomunicações também gozam, estabelece, em certos termos, a gratuitidade do fornecimento ao consumidor da facturação detalhada do serviço público de telefone, remetendo para a definição de consumidor constante da Lei do Consumidor. Lei essa que começou por ser a pioneira Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto (art. 2.º), mas

que, todavia, foi revogada pela nova Lei do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores). A Lei do Consumidor actual reconfigurou a noção de consumidor no sentido de, ao mesmo tempo, excluir e abranger, expressamente, outras espécies aí não previstas e de subsumibilidade discutida, consagrando os seguintes elementos essenciais do conceito consumidor: 1.º todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos; 2.º destinados a uso não profissional; 3.º por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios. Ao invés da definição anterior: abrange-se, por um lado, a transmissão de direitos, para além do fornecimento de bens e da prestação de serviços; por outro lado, consagra-se o uso não profissional, restringindo, ao que parece, a expressão uso privado; por último, considera-se, ainda, expressamente, como pessoa fornecedora *lato sensu* entidades providas de *ius imperii*, como sejam os organismos da Administração Pública, as pessoas colectivas públicas, as empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias locais e as empresas concessionárias de serviços públicos. Todavia, é questionável saber se tal noção abrange as pessoas jurídicas *stricto sensu*, ou, apenas, as pessoas humanas. Com efeito, à partida, em abstracto, haverá algo que obste a que pessoas colectivas possam, de igual modo, destinar bens, serviços ou direitos “a uso não profissional”? Em sentido negativo a esta interrogação parece apontar a mencionada Directiva Contratos à Distância, dispondo no art. 2.º, 2, que, por consumidor, para efeitos desta directiva, entende-se “qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não pertençam ao âmbito da sua actividade profissional”. Mas, mesmo no caso de só serem previstas pessoas humanas, estarão abrangidos os menores, os inabilitados e os interditos? Isto é, a capacidade de exercício de direitos *tout court* é requisito de obtenção da qualidade jurídica de consumidor? Ou pelo menos, não constituirão estes um grupo especial de consumidores? Em terceiro lugar, cumpre perguntar: o requisito da “destinação ao uso profissional” não deverá ser preenchido por referência à natureza não remuneratória das actividades a cujo exercício se destina o uso desses bens? E se se tratar de actividades remuneradas exercidas de modo habitual e constante, por exemplo, no seio de uma organização de tráfico ilícito? Nestes casos os bens fornecidos “àquele” são ou não “destinados a uso não profissional”? As mesmas interrogações valem, *mutatis mutandis*, para a “pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. É dizer, em suma: que sentido quis o legislador imprimir à palavra “profissional”? Será, porventura, aquele que o legislador comunitário consagrou na al. c) da Directiva Cláusulas Abusivas? Dispõe-se nesta norma que por “profissional” entende-se, para efeitos desta directiva, “qualquer pessoa singular ou colectiva que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, seja activa no âmbito da sua actividade profissional, pública ou privada”. Mas será este critério suficiente? Isto é, bastará a uma pessoa ser activa no âmbito da sua actividade profissional para ser considerada como profissional para efeitos da noção de consumidor?

Por outro lado, mesmo que se consiga estabilizar um conceito de consumidor, uma questão de alcance geral deveria, ainda, ser resolvida. Trata-se do valor sistemático de uma tal definição. Na verdade, outros diplomas há que consagram, também, definições de consumidor. Assim, por exemplo, a Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho

de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, dispõe, no art. 2.º, 4, que, por consumidor, para efeitos desta directiva, entende-se “a pessoa que adquire ou se compromete a adquirir a viagem organizada (o contratante principal) ou qualquer pessoa em nome da qual o contratante principal se compromete a adquirir a viagem organizada (os outros beneficiários) ou qualquer pessoa em nome da qual o contratante principal ou um dos outros beneficiários cede a viagem organizada (o cessionário)”. Estamos, portanto, em face de uma definição diferente daquela constante da nossa Lei do Consumidor. E, apesar de o diploma que transpõe a Directiva Viagens Organizadas não a ter acolhido no texto legal (cf. Decreto-Lei n.º 198/93, de 27 de Maio), o problema põe-se, atentos os princípios do primado do direito comunitário e da interpretação das leis nacionais segundo a letra e o espírito das directivas. A saber: é a definição de consumidor uma noção unitária geral com função operatória no sistema jurídico, *maxime* nos textos jurídicos atinentes aos direitos dos consumidores? Poder-se-ia responder pela afirmativa, ainda que com a ressalva de um tal conceito carecer de concretização casuística na jurisprudência e de explicitação dogmática na doutrina. Acresce que, enquanto conceito de género relativo ao tipo subjectivo do acto de consumo, não deveria excluir-se a hipótese de o legislador criar espécies para determinados grupos de casos concretos e particulares que exijam regimes especiais, como, aliás, parece já suceder. Nessa medida, apesar de problemática, a noção de consumidor constante da nova Lei do Consumidor deveria valer como conceito operatório no tratamento do problema da protecção jurídica do consumidor de serviços de telecomunicações, entendendo-se por consumidor, de um modo geral, “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa [singular ou colectiva, privada ou pública,] que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. A importância de encontrar uma definição clara e concisa de consumidor será tanto maior no Código do Consumidor, que se encontra *in fieri*, de modo a que, também por isso, socorrendo-nos da expressão do Prof. Pinto Monteiro, não seja um “código-coxo” (Pinto Monteiro, AJURIS 1998, p. 224; sobre os termos anunciados da codificação do direito do consumo, *vide Idem, Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor*, p. 203).

Ora, o leque de problemas que assim se abriria no tratamento do problema da protecção jurídica do consumidor de teleserviços afastar-nos-ia, excessivamente, do objecto da nossa investigação, justificando uma outra. Pelo que nos limitamos a enunciar a problemática, de crescente importância num tempo em que a fruição de criações do espírito humano tende a ser cada vez mais considerada como um acto de consumo de conteúdos informativos no mercado virtual da cultura. Não obstante, será fundamental que o Código do Consumidor *in faciendo* tenha em conta este novo ambiente digital de comércio electrónico dominado pela tecnologia “push”, evidenciando, justamente que: “Proteger o consumidor é [...] proteger o acto de comunicação” (Pinto Monteiro, *Comunicação e Defesa do Consumidor*, p. 492). Registe-se, ainda, o trabalho que tem sido levado a cabo pelas instâncias comunitárias através da adopção de diversas medidas de harmonização do direito do consumidor, antevendo-se, agora, um movimento de codificação de um direito civil europeu em ordem a assegurar uma interpretação das cláusulas gerais conforme aos resultados prosseguidos por essas medidas (v. Tonner, JZ 1996, p. 533). Nesse sentido

aponta o novo Código Civil da Holanda que acolhe “no seu seio o direito do consumo” (Pinto Monteiro, BFD 1996, p. 407, referindo ainda “os esforços que de alguns lados vêm sendo feitos no sentido de um *Código Civil Europeu*” — p. 408).

Regressando ao problema da definição de teleserviços ou serviços interactivos em linha, interessa referir que um serviço típico da sociedade da informação é o acesso a bases de dados electrónicas em linha. As bases de dados electrónicas, bem como os programas de computador utilizados para a sua utilização, podem ser protegidos por direitos de propriedade intelectual. Cfr. Decreto-Lei n.º 252/94, 20-10, e Decreto-Lei n.º 122/2000, 4-7, que transpõem, respectivamente, a Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, e a Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados. No plano internacional, veja-se, especialmente, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC, 1994) e o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (Genebra, 1996). Interessa, portanto, saber como se definem estes serviços interactivos de informação. O regime dos operadores de rede de distribuição por cabo (Decreto-Lei n.º 241/97, 18-9) prevê os serviços interactivos de natureza endereçada acessíveis quer mediante solicitação individual (tais como os serviços da Internet e de vídeo a pedido) quer mediante acto de adesão, e a possibilidade de ligações bidireccionais para transmissão de dados, autorizando a sua oferta pelos operadores de rede de distribuição por cabo.

Além disso, a ordem jurídica prevê agora um conceito dos chamados serviços da sociedade da informação. Ao invés da Proposta (incluindo a sua versão alterada: Proposta alterada de directiva sobre aspectos jurídicos do comércio electrónico [COM(99) 427 final; sobre a versão inicial poder-se-á ver-se o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, 1999), a Directiva sobre o comércio electrónico (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”) não define os serviços da sociedade da informação, limitando-se a remeter para o conceito anteriormente firmado nas Directivas sobre transparência técnica (Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, alterada pela Directiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho de 1998) e sobre protecção dos serviços de acesso condicional (Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Novembro de 1998 relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional). A primeira destas Directivas foi recentemente transposta pelo Decreto-Lei n.º 58/2000, 18-4. Nos termos do diploma de transposição, constitui serviço da sociedade da informação qualquer prestação de actividade à distância, por via electrónica e mediante pedido individual do seu destinatário, geralmente mediante remuneração. Trata-se, em suma, de serviços prestados normalmente contra remuneração (1), à distância (2), por via electrónica (3) e mediante pedido individual de um destinatário de serviços (4). São três os elementos essenciais da definição destes serviços: 1.º “à distância” significa um serviço prestado sem que as partes se encontrem simultaneamente presentes; 2.º “por via electrónica”

significa um serviço enviado na origem e recebido no destino por meio de equipamentos electrónicos de tratamento (incluindo a compressão numérica ou digital) e de armazenagem de dados, inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por fios, por rádio, por meios ópticos ou por quaisquer outros meios electromagnéticos; 3.º “mediante pedido individual de um destinatário de serviços” significa um serviço fornecido por transmissão de dados a pedido individual. Um quarto elemento natural destes serviços, embora não essencial, é a sua prestação mediante remuneração. Nisto consistem os chamados serviços da sociedade da informação, os quais abrangem uma grande variedade de actividades económicas, como, por exemplo, a venda em linha de mercadorias (1), serviços não remunerados pelo destinatário como o fornecimento de informação em linha (2), os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio electrónico (3), e, ainda, actividades em linha via telefonia e telefax (4). Esta definição não abrange, porém, a radiodifusão televisiva na Internet quando se trate apenas de um meio de transmissão suplementar, integral e inalterada de emissões de radiodifusão televisiva já transmitidas por via hertziana, por cabo ou por satélite. Nessa medida, parece não ser aplicável a estes serviços da sociedade da informação o regime previsto na Directiva Televisão, que contempla regras, *inter alia*, sobre patrocínio publicitário e televendas (Directiva 89/552/CEE do Conselho de 3 de Outubro de 1989 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997).

Assim, a interactividade é uma característica típica dos serviços da sociedade da informação. A noção destes serviços remonta à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que alterava pela terceira vez a Directiva 83/189/CEE relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (COM(96) 392 final, 16-10-1996), que os definiu como os “serviços prestados à distância, por via electrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”. Por outro lado, esta caracterização de serviços à distância parece corresponder à noção de “teleserviços” constante da Lei alemã sobre a Utilização dos Teleserviços (*Teledienstgesetz* — TDG), sob o Artigo 1 da Lei Federal dos Serviços de Informação e Comunicação (*Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz* — IuKDG), de 1 de Agosto de 1997. Visando estabelecer condições económicas uniformes para as várias aplicações dos serviços electrónicos de informação e comunicação (§ 1), a TDG define os teleserviços, aos quais se aplica, como “todos os serviços electrónicos de informação e comunicação, destinados a utilização individual de dados combináveis tais como caracteres, imagens e sons, e baseados em transmissão por meios de telecomunicações” (§ 2(2)). Esta noção de teleserviços é, depois, ilustrada mediante um catálogo de exemplos, no sentido de abranger, expressamente: 1. os serviços financeiros à distância (*telebanking*), a troca de dados; 2. os serviços de informação sobre o trânsito, o clima, o ambiente ou o mercado bolsista e a disseminação de informação sobre bens e serviços; 3. serviços prestando acesso à Internet ou a outras redes; 4. serviços oferecendo acesso a telejogos; 5. bens e serviços oferecidos e listados em bases de dados electronicamente acessíveis e com acesso interactivo e a possibilidade de encomenda directa. Depois, a § 2 (4) exclui do âmbito de aplicação da TDG, *inter alia*:

materiais. Nessa medida, inclui a comunicação por fio ou sem fio, podendo implicar séries de actos de transmissão, bem como actos de reprodução, por exemplo o armazenamento temporário de uma obra. Esclarece-se, ainda, que a segunda parte do preceito refere-se ao ambiente interactivo. Sendo que um dos principais objectivos da disposição é o de clarificar que este direito de comunicação ao público abrange os actos de transmissão interactiva ‘a pedido’ quando estão implicadas diversas pessoas não relacionadas (membros do público) que podem ter acesso individual a partir de diferentes locais e em diferentes momentos a uma obra publicamente acessível. Em conformidade, refere-se que: “Tal como sublinhado durante a Conferência Diplomática da OMPI, o acto decisivo é o de ‘colocar a obra à disposição do público’, oferecendo a obra num local publicamente acessível, que antecede a fase da sua ‘transmissão a pedido’ efectiva. Não é relevante saber se essa obra foi efectivamente descarregada por qualquer pessoa ou não. O ‘público’ consiste nos ‘membros do ‘público’ considerados individualmente” (949).

Note-se, porém, que, o enquadramento das transmissões digitais a pedido no direito de comunicação ao público deparava com a noção tradicional de público. Como justamente entre nós se observou, “a noção de ‘público’, tal como é entendida hoje, implica que a obra seja recebida por uma série de pessoas ao mesmo tempo. O que não se passa na transmissão, ‘on demand’. Daí que, para incluir a transmissão ‘on demand’ no conceito de comunicação ao público, ‘público’ deva ser interpretado de modo a incluir as situações em que cada membro do público possa receber as transmissões em momentos diferentes e segundo a sua conveniência. Isto é, as situações em que o cliente acede ao sistema sempre que quer e, portanto, não há recepção ao mesmo tempo” (950).

2. Não obstante, dentro da família dos direitos de comunicação ao público inclui-se uma nova forma de exploração do material protegido típica

1. os serviços de telecomunicações e a prestação comercial de serviços de telecomunicações previstos no § 3 da Lei das Telecomunicações, de 25 de Julho de 1996 (*Telekommunikationsgesetz* — TKG); 2. a radiodifusão. Ou seja, a radiodifusão, bem como os serviços de telecomunicações, são excluídos da noção de teleserviços para efeitos da TDG.

Entre nós, estes serviços foram inicialmente previstos na regime dos operadores de rede de distribuição por cabo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 241/97, 18-9, e encontram-se actualmente definidos no Decreto-Lei n.º 58/2000, 18-4, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de

dos ambientes em rede digital: a transmissão interactiva a pedido. Sendo que, apesar de se processar mediante uma transmissão “ponto a ponto”, consistirá num direito de comunicação ao público uma vez que o material é acessível ao público de modo interactivo, o qual permite distinguir a transmissão electrónica em linha de outras formas de comunicação ao público.

Com efeito, entende-se que o “elemento de escolha individual está ligado á natureza interactiva do acesso a pedido. A protecção oferecida pela disposição não inclui, assim, a radiodifusão, nomeadamente nas suas novas formas como a televisão por assinatura ou mediante ‘pagamento por sessão’ ‘pay per view’, uma vez que a condição da ‘escolha individual’ não abrange obras oferecidas no âmbito de um programa pré-definido. Da mesma forma, não cobre o dito ‘quase vídeo a pedido’ ‘near-video-on-demand’, uma vez que a oferta de um programa não interactivo é radiodifundido diversas vezes em paralelo com

Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, alterada pela Directiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho de 1998. Além disso, esta definição de serviços da sociedade de informação informa o *acquis communautaire* do direito da sociedade da informação, tendo sido retomada pela Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Novembro de 1998 relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, e, mais recentemente, pela 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”).

⁽⁹⁵⁰⁾ Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 217.

⁽⁹⁵¹⁾ Proposta, p. 28-9 (v., ainda, cons. 16: reafirma-se que “tais transmissões interactivas a pedido se caracterizam pelo facto de os membros do público poderem aceder-lhes a partir do local e no momento por eles individualmente escolhido; [e] que este direito não abrange a comunicação privada”). Num domínio relacionado, a referida proposta de directiva sobre serviços de acesso condicional, entre os quais se contam o vídeo a pedido, o audio a pedido, a edição electrónica e uma vasto leque de serviços em linha, clarifica o sentido do termo público, dizendo que “todos estes serviços são ‘prestados ao público’ no sentido de que um determinado conteúdo é colocado à disposição de todos os membros do público que estejam dispostos a ‘pagar o título de acesso’ ao referido serviço. O acesso aos teatros e cinemas baseia-se no mesmo princípio (consistindo a diferença no facto de que o ‘controlo de acesso’ à *distância* ser mais difícil e exigir técnicas distintas). Em ambos os casos, o serviço pode ser circunscrito a determinadas categorias de público (por exemplo, os filmes não adequados para menores), sem afectar o conceito de serviço ‘prestado ao público’” (p. 4, n. 12). Registe-se, a este propósito, que na delimitação entre público e privado em direito de autor, este critério estaria de acordo com a noção de público firmada em vários Estados-membros. Assim, por ex., a jurisprudência francesa, revendo o critério por si anteriormente firmado, tinha já decidido que um quarto

pequenos intervalos.

Além disso, a disposição não abrange as comunicações meramente privadas,

de hotel seria um lugar público, considerando que os clientes de um hotel, embora ocupassem a título privado os quartos individuais, constituiriam um público a quem a direcção do estabelecimento transmitiria os programas de televisão, configurando, portanto, uma comunicação pública de obras na acepção da lei (v. RIDA 1994, p. 367 s., com anotação favorável de Kerever); sendo que, como vimos na segunda parte, esta orientação estaria em conformidade com a doutrina e jurisprudência superior de outros países (v. RIDA 1980, p. 149 s., 1981, p. 235 s.).

⁽⁹⁵²⁾ Declaração Acordada relativa ao art. 8.º do Tratado sobre direito de autor, 1.ª parte (“It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of the Treaty or the Berne Convention”).

⁽⁹⁵³⁾ Para uma análise da jurisprudência comunitária segundo a qual princípio do esgotamento do direito de distribuição aplica-se, apenas, à venda de cópias materiais — produtos — pelo titular dos direitos ou por terceiro com o seu consentimento, e já não à prestação de serviços: Proc. 78/70 (*Deutsche Gramophon/Metro*), Rec. 1971, p. 487; Proc. 62/79 (*Coditel/Ciné-Vog Films*), Rec. 1980, p. 881; Procs. 55-57/80 (*Musikvertrieb Membran/Gema*), Rec. 1981, p. 147; Proc. 279/80 (*Polydor/Harlequin Record Shops*), Rec. 1982, p. 329; Proc. 262/81 (*Coditel/Ciné-Vog Films*), Rec. 1982, p. 3381; Proc. 156/86 (*Warner Brothers and Metronome Video/Christiansen*), Rec. 1988, p. 2605, Proc. 341/87 (*EMI Electrola/Patricia*), Rec. 1989, p. 79, Proc. 395/87 (*Tournier*), Rec. 1989, p. 2521; v., ainda, Proposta, Art. 3.º, 3, e Comentários, p. 29-30. Note-se, por outro lado, que a consideração destes actos como serviços significa que serão aplicáveis as regras da livre prestação de serviços no mercado comum, o que poderá ser relevante em determinados aspectos que não apenas a questão do esgotamento dos direitos. Em causa estará a liberdade de prestação de serviços em linha, o que, na ausência de especial legislação comunitária, significa que deverão ser atendidos os critérios interpretativos elaborados pelo TJCE em diversos casos relativos a esta liberdade fundamental.

Ora, a jurisprudência do TJCE reconhece aos Estados-membros o poder de imporem certas restrições a esta liberdade, na medida em que se verifiquem certos requisitos. Trata-se da famosa *rule of reason* de interpretação dos artigos do Tratado de Roma respeitantes à liberdade de prestação de serviços, elaborada em diversos *leading cases* sobre variadas actividades (v., *inter alia*, caso 2/74, 21-6-1974 (*Reyners*), ECR 1974, p. 631; caso 33/74, 3-12-1974, (*van Binsbergen*), ECR 1974, p. 1299; caso 279/80, 17-12-1981 (*Webb*), ECR 1981, p. 3305; caso 205/84, 4-12-1986 (*Commission v. Germany*), ECR 1986, p. 3755; caso 427/85, 25-2-1988 (*Commission v. Germany*), CMLR 1989, p. 677). Em suma, segundo a *rule of reason* do TJCE, os arts. 59.º (1) e 60.º (3) do Tratado têm efeito directo e requerem a abolição de toda e qualquer discriminação contra a pessoa que prestasse serviços, em virtude do seu Estado-membro de origem; porém, poderá existir discriminação se aquela pessoa que se encontre a prestar temporariamente os seus serviços tiver que observar todas as condições impostas aos nacionais desse Estado-membro; de todo

o modo, a especial natureza de certos serviços poderá justificar a imposição de certas restrições ao exercício da liberdade de prestação de serviços, se e na medida em que forem respeitadas as seguintes condições: *a)* condição do interesse geral, segundo a qual, as restrições deverão ser justificadas por razões imperativas de protecção do interesse geral, tais como, nomeadamente, a protecção dos consumidores e a defesa do ambiente; *b)* condição da necessidade, segundo a qual, as restrições só serão admitidas na medida em que o interesse geral não seja já salvaguardado pelas disposições às quais o prestador dos serviços esteja submetido no Estado-membro de origem (princípio da equivalência); *c)* condição da proporcionalidade, segundo a qual, os requisitos restritivos deverão ser objectivamente justificados de molde a que o mesmo resultado não possa ser obtido por regras menos restritivas; *d)* condição da não-discriminação, segundo a qual, as restrições deverão ser aplicadas a todas as pessoas ou empresas que operem no território do Estado-membro onde o serviço seja prestado.

A protecção dos consumidores de serviços em linha (teleserviços) poderá justificar a imposição de certas restrições a esta liberdade. Em diversos domínios como a publicidade, as cláusulas abusivas ou os contratos celebrados à distância, foram já adoptadas medidas de harmonização comunitária que, nessa medida, poderão afastar a imposição de restrições. Todavia, há um domínio cuja harmonização, embora já tenha sido anunciada, ainda não foi levada a cabo e que afecta os interesses dos consumidores: trata-se da responsabilidade dos prestadores de teleserviços. Ora, enquanto a questão não for objecto de harmonização a nível comunitário, parece que cada Estado-membro poderá regular, em nome do consumidor ou de qualquer outra razão de interesse geral, as condições de exercício dessa actividade no seu território, por ex., exigindo autorização de acesso ou impondo a monitorização ou supervisão prévia dos conteúdos prestados, mesmo que a tais condições o prestador dos serviços já esteja sujeito no respectivo país de origem. O interesse geral poderá justificar, ainda, que, a nosso ver, o prestador de serviços em linha não possa, seja por via contratual, seja por via de dispositivos tecnológicos, contornar as regras que permitem a utilização livre de obras protegidas pelo direito de autor em face da lei do país de acolhimento do serviço.

Relativamente aos domínios já harmonizados, cumpre referir que, muitas vezes, trata-se apenas de harmonização mínima, permitindo aos Estados-membros padrões de defesa dos consumidores mais elevados (*vide* o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação*, p. 65 ss.). A defesa do consumidor de “teleserviços” é um aspecto fundamental da promoção do comércio electrónico em ordem a criar um ambiente jurídico de confiança (sobre esta matéria veja-se A. Pinto Monteiro, *A protecção do consumidor de serviços de telecomunicações*, p. 155 s; o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, 1999; no direito comparado, *vide*, por exemplo, Arnold, CR 1997, p. 526; Valentino, Rassegna 1998, p. 375; Barbry, DIT 2/1998, p. 14; Köhler, Martinek, NJW 1998, p. 185, p. 207; Trochu, Recueil Dalloz 1999, p. 179). Actualmente é muito amplo o leque de medidas que compõem o acervo comunitário de protecção dos consumidores (veja-se, especialmente, com relevo no domínio das comunicações electrónicas, para além das medidas que serão adiante referidas: Directiva 90/314/CEE do Conselho de 13 de Junho de 1990 relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados — no direito interno, veja-se o Regime de acesso e exercício da actividade de agências de viagens e turismo, aprovado pelo Decreto-Lei

n.º 209/97, 13-8, alterado pelo Decreto-Lei n.º 12/99, 11-1; Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicação dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, transposta pelo Decreto-Lei n.º 162/99, 13-5, que altera o Decreto-Lei n.º 138/90, 26-4; Directiva 87/102/CEE do Conselho de 22 de Dezembro de 1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo, alterada pela Directiva 90/88/CEE do Conselho de 22 de Fevereiro de 1990, e, mais recentemente, pela Directiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Fevereiro de 1998 — no direito interno, veja-se o Decreto-Lei n.º 359/91, 21-9); Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998 relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores; Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Maio de 1999 relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas; Directiva 84/450/CEE do Conselho de 10 de Setembro de 1984 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa, alterada pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Outubro de 1997 para incluir a publicidade comparativa; Directiva 89/552/CEE do Conselho de 3 de Outubro de 1989 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997; Directiva 92/28/CEE do Conselho de 31 de Março de 1992 relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano; Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Julho de 1998 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco — no direito interno veja-se o Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, 23-10, alterado pelos Decretos-Lei n.º 74/93, 10-3, n.º 6/95, 17-1, e n.º 275/98, 9-9, e pela Lei n.º 31-A/98, 14-7; a Lei n.º 175/99, 21-5, relativa à publicidade dos serviços de audiotexto; a Lei n.º 6/99, 27-1, que prevê um regime especial para a publicidade domiciliária excluiu do seu âmbito de aplicação o correio electrónico, valendo apenas para a publicidade por telefone e por telecópia). Destaquemos, em especial, duas medidas com relevo contratual: as Directivas Contratos à Distância e a Directiva Cláusulas Abusivas. A Directiva sobre o comércio electrónico ressalva o acervo comunitário essencial para a protecção do consumidor constituído por estas Directivas, considerando-as integralmente aplicáveis aos serviços da sociedade da informação (veja-se, também, a Resolução do Conselho de 19 de Janeiro de 1999 sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação; idênticas preocupações são expressas pela OCDE no seu documento *Recommendations of the OECD Council Concerning Guidelines For Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*). Um outro aspecto tido em conta diz respeito à confidencialidade das mensagens electrónicas, que se considera estar já assegurada pelo art. 5.º da Directiva Dados Pessoais e Privacidade nas Telecomunicações, em termos de os Estados-membros deverem proibir qualquer forma de interceptação ou de vigilância em relação a essas mensagens por terceiros que não os remetentes e os destinatários das mesmas (Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e

do Conselho de 15 de Dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações).

A Directiva Contratos à Distância (Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância) deveria ser transposta até 4 de Junho de 2000 (arts. 15.º, 1, 18.º). Esta Directiva consagra um regime de protecção nos contratos à distância, que define, embora o seu âmbito de aplicação seja algo restrito. Em termos gerais, serão de referir os deveres de informação a cargo do fornecedor (arts. 4.º e 5.º), o direito de “livre rescisão” do consumidor (art. 6.º), o pagamento fraudulento com o seu cartão (art. 8.º), o valor do seu silêncio (art. 9.º) e, entre outros aspectos, a questão da protecção da privacidade dos consumidores (art. 10.º). O contrato à distância é definido como qualquer contrato relativo a bens ou serviços, celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração (art. 2.º, 1). Estas técnicas de comunicação consistem em qualquer meio que, sem presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as partes. Exemplos destas técnicas de comunicação são, nos termos do Anexo I, o telefone, a rádio, a televisão, o telefax, o correio electrónico, o videofone e o videotexto. Esta Directiva é uma medida de grande importância para a protecção do consumidor na negociação electrónica à distância, que é um meio de celebração de contratos à distância. Todavia, o seu âmbito de aplicação é algo restrito, excluindo sectores tão importantes como o *teleshopping* (art. 3.º). Com efeito, são excluídos do âmbito de aplicação da directiva os contratos relativos a serviços financeiros referidos no anexo II, que prevê uma lista não exaustiva. Após consulta públicas às partes interessadas, a Comissão concluiu pela necessidade de apresentar uma proposta específica relativa à comercialização à distância dos serviços financeiros (para os trabalhos preparatórios, *vide* Livro Verde da Comissão, *Serviços Financeiros: dar resposta às expectativas dos consumidores*, COM(96) 209 final, 22/05/1996, e a Comunicação da Comissão, *Serviços financeiros: reforçar a confiança do consumidor*, COM(97) 309 final, 26/06/1997). Essa proposta, entretanto alterada, segue o modelo regulamentar da Directiva Contratos à Distância (97/7/CE), embora com soluções específicas para a comercialização à distância de serviços financeiros (*vide* Proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância dos serviços financeiros junto dos consumidores e que altera as Directivas 97/7/CE e 98/27/CE). A Directiva sobre os contratos à distância ainda não foi transposta e a proposta sobre os serviços financeiros encontra-se ainda em discussão. Mas, existirá entre nós algum regime susceptível de proteger os consumidores nos contratos à distância por via electrónica?

Em nosso entender, a resposta é afirmativa e encontra-se no regime das vendas por correspondência (Regime da venda ao domicílio e por correspondência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 272/87, 3-7, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 243/95, 13-9). Este regime transpõe a Directiva sobre os contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (Directiva 85/577/CEE do Conselho de 20 de Dezembro de 1985 relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais;

trata-se de uma medida de harmonização mínima, pois os Estados-membros podem adoptar ou manter disposições mais favoráveis à protecção do consumidor no domínio por ela abrangido, nos termos do art. 8.º). Mas, enquanto a Directiva 85/577/CEE não parece abranger os contratos à distância, em razão de parecer exigir a presença física simultânea das partes (art. 1.º), já o nosso regime das vendas por correspondência define-as como a modalidade de distribuição comercial a retalho em que se oferece ao consumidor a possibilidade de encomendar pelo correio, telefone ou outro meio de comunicação os bens ou serviços divulgados através de catálogos, revistas, jornais, impressos ou quaisquer outros meios gráficos ou áudio-visuais (art. 8.º, 1). Sendo que esta definição de vendas por correspondência parece acolher expressamente na sua letra contratos à distância pelos modernos meios de comunicação, como o comércio electrónico na Internet. Deste modo, enquanto a Directiva Contratos à Distância não for transposta e na medida em que o tenha que ser, existirá já entre nós um regime especial de protecção dos interesses dos consumidores nos contratos à distância. Esse regime (cfr. arts. 9.º a 12.º) traduz-se, especialmente, na obrigação de conformação do conteúdo das ofertas (em termos próximos ao regime da publicidade domiciliária (cfr. art. 23.º do Código da Publicidade e o regime especial da publicidade domiciliária por telefone e telecópia, aprovado pela Lei n.º 6/99, 27-1, que não se aplicam todavia nos casos de mensagens publicitárias genéricas que não incluam uma proposta concreta para aquisição de bens ou prestação de serviços, pois que tais mensagens não serão sequer consideradas ofertas de venda, sendo que nos termos do art. 7.º, 5, da Lei do Consumidor — Lei n.º 24/96, 31-7 —, as informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário), na forma (devendo os contratos de valor igual ou superior a dez mil escudos ser reduzidos a escrito, embora não seja exigido tal documento quando a nota de encomenda faça parte integrante do suporte utilizado na oferta de venda, nos termos da Portaria n.º 1300/95, 31-10), conteúdo e valor do contrato, e na atribuição de um direito de “livre resolução” (direito este que tem correspondente no domínio do crédito ao consumo, sendo de referir o “direito de arrependimento” durante 7 dias após o contrato de que goza o consumidor, bem como o direito de ser informado deste direito).

Por outro lado, a Directiva Cláusulas Abusivas é um importante instrumento de protecção dos consumidores no comércio electrónico, em especial no que respeita às licenças ditas de *click-wrap*. Entre nós, o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais é um importante corpo normativo de protecção dos consumidores — embora nisso não se esgote — nos contratos à distância (Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, 25-10, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, 31-1 — que transpõe a Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores —, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, 31-7; *vide* M. J. Almeida Costa/A. Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*, 1990; A. Pinto Monteiro, ROA 1986, p. 733, BFD 1993, p. 161, p. 335, ERPL 1995, p. 231, RDM 1996, p. 79; J. Sinde Monteiro/Almeno de Sá, BFD 1997, p. 173; J. Sousa Ribeiro, *O problema do contrato*, 1999; sobre as recentes alterações, veja-se M. J. de Almeida Costa, *Síntese*, 1999; Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva*

sobre *Cláusulas Abusivas*, 1999). Em termos breves, ao nível da formação do contrato, os consumidores têm direito à comunicação e à informação, bem como à exclusão dos contratos singulares de cláusulas surpresa *lato sensu* (arts. 5.º a 8.º). Ao nível do controlo do conteúdo, gozam da proibição das cláusulas constantes das listas negras e cinzentas, incluindo as previstas para as relações entre empresários ou entidades equiparadas, e não se excluindo a possibilidade de, ainda que não prevista nas listas, a cláusula do caso concreto ser contrária à boa fé (arts. 17.º a 22.º). A nível orgânico-processual, prevê-se, em especial, um controlo judicial na acção inibitória (art. 25.º) e a existência de um serviço de registo das cláusulas contratuais abusivas (arts. 34.º e 35.º — nos termos da Portaria n.º 1093/95, 6-9, o Gabinete de Direito Europeu foi incumbido de organizar e manter actualizado o registo das cláusulas contratuais abusivas; poder-se-ia reforçar esta medida através da criação de um serviço de registo em linha acessível à distância por via electrónica mediante solicitação individual, isto é, através de um sítio na Internet, o qual se incluiria, aliás, no âmbito das medidas tendentes à informação geral do consumidor cuja adopção cabe aos entes públicos e entre as quais se contam a criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica, e também a criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado, nos termos do art. 7.º, 1-d/e da Lei do Consumidor). Depois, como medidas de reforço da eficácia preventiva e compulsória deste regime é de referir, ainda, a instituição da proibição provisória (art. 31.º) e a sanção pecuniária compulsória (art. 33.º). Em comparação com a Directiva Cláusulas Abusivas (Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores), a nossa Lei parece garantir um nível de protecção dos consumidores mais elevado. Poder-se-ia dizer, porém, que esse nível de protecção seria mais reduzido em virtude do problema prévio do âmbito de aplicação deste regime. Antes da recente alteração, o diploma destinava-se a regular as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar. Assim sendo, pareciam excluídas as meras cláusulas abusivas que não tivessem sido objecto de negociação individual, independentemente da indeterminação dos destinatários. Este regime foi alterado posteriormente para “corrigir” um problema que, a nosso ver, não existia (neste sentido, M. J. Almeida Costa, *Síntese do regime jurídico vigente*, p. 18). O diploma de alteração vem dispor, com efeito, que o diploma das cláusulas contratuais gerais “aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar” (art. 1.º, 2). Mas, o que são contratos individualizados? Serão contratos que contêm cláusulas contratuais gerais “moldadas” em atenção ao contrato individual, mas que no essencial se integram na disciplina de uma série indeterminada de contratos? Se assim for, então cumpre referir que a Directiva não se destina a regular tais “contratos individualizados”, mas antes as cláusulas contratuais que não tenham sido objecto de negociação individual, isto é, que tenham sido redigidas previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão (art. 3.º, 1 e 2, Directiva Cláusulas Abusivas). Ou seja, a integração de tais cláusulas numa disciplina de série indeterminada, embora individualizada no contrato individual, não nos parece ser elemento

o que é clarificado pelo termo ‘público’ (951). De igual modo, considera-se que o simples fornecimento de instalações materiais para permitir a tal comunicação não constitui, em si, uma comunicação (cons. 17), consagrando-se o teor das Declarações Acordadas no âmbito dos novos Tratados OMPI (952).

Refira-se, ainda, que, apesar de se considerar que a abertura de uma base de dados ao público, para a entrega directa ‘a pedido’ de música gravada, produções audiovisuais ou produtos multimedia através de redes para os computadores pessoais ou outras unidades digitais, pode facilmente substituir as vendas directas de cópias físicas deste material, apesar disso, consagra-se a regra segundo a qual a transmissão em linha com o consentimento do titular de direitos não implica o esgotamento do direito de comunicação ao público, uma vez que constitui um acto que pode ser repetido de forma ilimitada e que exigirá sempre autorização, nos termos legais. Trata-se, portanto, de uma solução consonante com a jurisprudência comunitária, segundo a qual a prestação de serviços não dá origem ao esgotamento de direitos (953).

3. Ora, esta será certamente uma das razões que levaram os Tratados OMPI, sob proposta europeia, a enquadrar as transmissões digitais interactivas no direito de comunicação ao público, juntamente com a radiodifusão e outras formas de exploração incorpórea das obras. Todavia, não podemos deixar de manifestar algumas reservas quanto à solução adoptada, na medida em que signifique, como parece, o apagamento do direito de distribuição no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede. Se assim for, tratar-se-á, a nosso ver de uma via que, valendo-nos das palavras do Prof. Oliveira Ascensão, acentuará a “dependência do utilizador em relação ao titular de direitos” (954). Pois que, a cada utilização da obra corresponderá um acto de prestação de serviços.

Isto significa que, como nos parece sustentável, às transmissões digitais em linha não deveria caber exclusivamente a qualificação do direito de comunicação ao público. Esta será, antes e apenas, uma das fases de utilização da obra, mas que não esgotam todo o processo.

Com efeito, o carregamento de uma obra sob forma digital na memória

exigido pela Directiva (cfr. o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação*, cit., p. 104 s.). De todo o modo, mesmo os contratos não individualizados que não se integram numa disciplina contratual de série indeterminada serão abrangidos pelo regime das “cláusulas contratuais gerais”. Tal resulta, não da alteração literal que foi operada — que é equívoca —, mas da interpretação que fazemos do art. 37.º Vale isto por dizer que

de um computador ligado à rede poderá significar que os utilizadores de outros computadores ligados à rede poderão aceder individualmente, no local e no momento por si escolhidos, a essa obra. Poderá haver, portanto, um acto de colocação à disposição do público, uma vez que, tal como na radiodifusão em que basta ligar o aparelho de recepção, aqui é necessário apenas pressionar uma tecla para que essa obra possa ser transmitida para a memória do computador terminal e ser utilizada pelo utilizador final. Como vimos, este poderá necessitar de autorização do titular de direitos para poder utilizar a obra uma vez que essa utilização dependerá um acto de reprodução da obra na memória de trabalho do seu computador.

Mas há uma outra realidade que não deveria ser omitida. Trata-se da distribuição em linha de cópias de material digital protegido pelo direito de autor, que é apontada como um possível acto relevante ⁽⁹⁵⁵⁾. Não se trata apenas da possibilidade de acesso pelos membros do público à obra, mas antes da aquisição, ela própria, seja temporária ou definitiva, de uma cópia que se reproduz na memória do computador do utilizador final. Parece consensual que o carregamento ascendente (*uploading*) e descendente (*downloading*) constituem, na verdade, actos de reprodução.

Mas, para além do direito de reprodução, será de todo irrelevante em face do direito de autor a cópia que o utilizador obtenha mediante transmissão em linha a partir de uma multimédioteca virtual? Não haverá aqui uma forma de distribuição, a chamada distribuição electrónica ⁽⁹⁵⁶⁾?

No direito comparado europeu encontramos um precedente jurisprudencial favorável a esta orientação: trata-se de um julgamento de 4 de Outubro de 1994 do Supremo Tribunal da Austria, que decidiu que a transmissão de uma fotografia através de um serviço em linha de imagens (*Bildfunk*) seria um acto de distribuição ⁽⁹⁵⁷⁾. Essa era também, como vimos, a orientação inicial da UE e dos EUA, pois que, como se refere: “Na prática o ‘video on demand’ é economicamente a mesma actividade que a locação numa loja e a consulta ‘on line’ de uma obra de uma biblioteca pública é a mesma coisa que o empréstimo de uma cópia da obra, portanto deve aplicar-se o mesmo direito.” ⁽⁹⁵⁸⁾

Todavia, a Proposta vai contra esta orientação, parecendo entender que o simples facto de ter essa cópia armazenada na memória de um computador

o diploma das cláusulas contratuais gerais é aplicável também às cláusulas não negociadas individualmente contidas em propostas aceites ou subscritas pelo aderente, e não apenas às cláusulas contratuais gerais *stricto sensu*, pois que, se o diploma ressalva a aplicação das

ligado em rede poderá consubstanciar um acto de comunicação pública, uma vez que outras pessoas poderão aceder a esse computador e utilizar essa cópia. Sendo que este será um direito reservado ao titular do exclusivo, que não é concedido com a transmissão em linha da cópia. Ou seja, a lógica subjacente à Proposta e, como veremos, já presente na directiva bases de dados, é a de que no ciberespaço não há distribuição de cópias, mas apenas serviços, como se o que o utilizador final pretendesse fosse o serviço e não a utilização da obra.

4. Mas não deixa de haver nesta orientação uma certa ficção. De um ponto de vista tecnológico poder-se-ia justificar, na medida em que cada adquirente da cópia se possa tornar um “editor” potencial dessa obra na Internet. Para prevenir tal perigo, segue-se a via de não atribuir quaisquer poderes ao utilizador, que não sejam os mínimos indispensáveis ao gozo das suas faculdades primárias, com o argumento de que não existe um objecto tangível susceptível de apropriação física. Isto significa que, mesmo que o utilizador adquira a título definitivo e mediante o pagamento de um determinado preço uma cópia de certa obra por via de transmissão electrónica, mesmo assim ele não poderá alienar essa cópia a terceiros, como sucederia no ambiente fora de linha.

Por outras palavras, o transmitente terá o poder de controlar a circulação posterior dessa cópia digital no ciberespaço, não se aplicando portanto o princípio do esgotamento do direito de distribuição. Ao utilizador restará a utilização privada da obra.

Mas a Proposta não define o que se entende por utilização privada, remetendo, portanto, a concepção desta categoria para o direito interno dos Estados-membros. É uma solução que não tem em conta os recentes desenvolvimentos da tecnologia criptográfica e da estenografia. Estas aplicações tecnológicas permitem a marcação de cada cópia digital posta em circulação nas auto-estradas da informação.

Nessa medida, será possível controlar se uma determinada cópia foi produzida e distribuída ilicitamente. Pelo que, nada deveria obstar a que fosse aplicável o regime jurídico da distribuição no ciberespaço, incluindo o princípio do esgotamento, e a inclusão de formas de distribuição como o aluguer e o comodato.

Há, todavia, duas razões que podem opor-se a esta compreensão. A primeira já referimos e prende-se com a circunstância de o armazenamento da

disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao aderente do que o regime

cópia na memória de um computador ligado à rede com faculdade de acesso poder constituir, de *per se*, um acto de comunicação ao público. Pelo que a utilização final que cada utilizador faça da obra deverá ser restrita ao seu círculo privado, sem possibilidade de acesso por parte de terceiros. Mas, como referimos, este acesso poderá ser negado, designadamente, através da utilização da cifragem e outros dispositivos de codificação. A segunda razão, a nosso ver determinante, do afastamento do regime do direito de distribuição prende-se com a natureza global do fenómeno, relacionado com o problema do esgotamento comunitário.

Com efeito, como seria possível controlar a revenda da cópia fora do espaço económico europeu, quando é possível fazer a transmissão em linha de qualquer parte do mundo para qualquer parte do mundo? Num mundo em que não há fronteiras, como é o ciberespaço, como controlar a revenda de cópias fora do espaço comunitário europeu? Com efeito, não seria necessário uma “Interpol no céu a controlar os passaportes das obras multimedia” (959)?

Não sendo possível instituir tal instância de controlo, a via do direito de distribuição, cuja consequência prática traduzir-se-ia na aplicação da regra do princípio do esgotamento comunitário, seria desprovida de efeito útil (960). Nessa medida, preventivamente, por razões de ordem prática, considera-se que cada entrada da obra “em circulação” no ciberespaço constitui um acto de comunicação ao público, independentemente das transmissões efectivas que venham a realizar-se, porque qualquer utilizador de um computador ligado à rede poderá ter acesso à obra, independentemente do acesso efectivo. Esta via considera este acto de exploração como atinente ao domínio da prestação de serviços, aproveitando-lhe o facto de, em consonância com a jurisprudência comunitária, o princípio do esgotamento não ter lugar neste

das cláusulas contratuais gerais, então, por maioria de razão, isso significa que o aderente já beneficiará sempre deste regime independentemente de estarem em causa cláusulas contratuais gerais, cláusulas contratuais gerais individualizadas ou antes, simplesmente, cláusulas não negociadas individualmente (cfr., nestes termos, o nosso artigo, ROA 1999, p. 987, em nota).

(954) Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 350.

(955) Cfr. Sirinelli, *Les droits économiques concernés* (France), p. 108, 110-1.

(956) Cfr. Ginsburg/Kaplan, *Economic rights involved* (USA), p. 149.

(957) Cfr. Spoor, *Economic rights involved*, p. 45.

(958) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 218.

(959) Brügger, *L'authenticité de la qualité d'auteur et de l'oeuvre* (Suisse), p. 235.

(960) Na proposta de modificação da lei alemã sustentava-se que “uma aplicação

domínio. O problema que assim se esboça será, porém, melhor esclarecido com a análise dos termos do direito de distribuição.

§ 48. DISTRIBUIÇÃO E ESGOTAMENTO (COMUNITÁRIO)

análoga do direito de distribuição [...] também a actos de transmissão incorpórea é tão pouco proposta como uma análoga aproximação aos direitos de aluguer e/ou comodato”; em alternativa considerava-se antes que “para poder ordenar a oferta em linha de uma obra protegida no sistema dos direitos de exploração do UrhG, é proposta uma nomeação expressa do direito da oferta em linha de obras protegidas numa alínea especial do § 15(2) UrhG: este direito poderia ser chamado ‘direito de transmissão incorpórea’ ou simplesmente ‘direito de transmissão’” (Schricke, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 136-7; esta proposta não deixa de reconhecer, porém, que “torna-se claro que estes desvios não se deixam tomar por uma lógica rigorosa mas antes em última análise apenas por considerações causais valoradoras” — p. 129, n. 107, *in fine*).

⁽⁹⁶¹⁾ Czarnota/Hart, *Legal Protection*, p. 59

⁽⁹⁶²⁾ Cons. 16 DPC. O Acordo ADPIC prevê um direito de locação comercial dos originais ou cópias de programas de computador e obras cinematográficas; todavia, esse direito de locação não se aplica às locações de programas de computador em que este não constitua o objecto essencial da locação (art. 11.º, 1.ª parte, e *in fine*). O Tratado OMPI sobre direito de autor consagrou este direito de locação em termos idênticos (art. 7.º).

Na verdade, em diversos grupos de casos, os programas de computador não constituem objecto essencial da locação, sendo antes apenas um dos elementos que compõem o objecto do contrato. Entre outros exemplos, podem referir-se os chamados contratos de sistema informático, também conhecidos por “chave na mão” (*clé en main, chiavi in mano, turnkey agreements, Systemvertrag*). Em termos gerais, o contrato de sistema informático é o contrato pelo qual uma ou mais partes se obrigam a fornecer à outra parte um sistema informático composto por equipamentos e programas de computador, e a prestar serviços de instalação, assistência e manutenção desse sistema, nos termos de um caderno de encargos previamente elaborado por si ou por terceiro. Trata-se de um contrato dito de *engineering*, que tem por finalidade a informatização das actividades de um cliente. Este, para o efeito, contrata com uma empresa especializada no sector da tecnologia informática, um consultor informático (*conseil en informatique; system house*), a realização de um projecto de informatização. Para a elaboração desse projecto, a *system house* estuda a actividade exercida pelo cliente e, em função das suas necessidades particulares e concretas, propõe a aquisição de um específico sistema informático, composto por equipamentos, programas, em certas condições de instalação (por ex., localização da unidade central e distribuição de terminais), e acompanhamento por regular assistência e manutenção desse sistema (cursos de formação, correcção de erros e adaptação do programa, actualização do sistema, etc.). O projecto de informatização das actividades do cliente elaborado pela *system house* consta de um caderno de encargos, no qual são especificados (quanto às características técnicas e qualidades funcionais, quanto ao preço) e justificados (em termos de oportunidade,

necessidade e adequação às concretas e particulares necessidades do cliente) os diversos elementos susceptíveis de integrarem o sistema informático cuja aquisição se propõe. Em suma, a *system house* é incumbida de conceber ou projectar um sistema informático em termos de oportunidade e adequação às necessidades específicas do cliente. Cabe a este, por seu lado, aceitar, ainda que com modificações, ou recusar esse projecto. Por outro lado, a *system house* pode ainda ser encarregada da execução do projecto final de informatização, isto é, da promoção e celebração com terceiros dos contratos de fornecimento de *hardware*, de *software*, e de prestação de serviços, bem como do controlo do respectivo cumprimento. Ora, o fornecimento dos equipamentos e dos suportes lógicos e a prestação dos serviços, podem ser acordados com uma ou mais partes, num só ou mais documentos. Assim, por exemplo, o fornecimento dos equipamentos pode ser acordado com uma empresa, o fornecimento dos programas de sistema e aplicativos com outra, e a prestação dos serviços de assistência e de manutenção do sistema com a primeira ou com a segunda, consoante respeitem, *grosso modo*, ao *hardware* ou ao *software*. Por um lado, a prestação relativa ao *software*, quer resulte de um contrato autónomo, quer se integre num contrato único, pode variar consoante se traduza na criação de *software* individual, na adaptação de *software* padronizado, ou na simples concessão de licença de utilização de *software standard*. Sendo que, o contrato de sistema informático é celebrado, com um ou mais fornecedores, na sequência de um projecto de informatização concebido por uma *system house*, tendo por objecto equipamentos (*hardware*), programas (*software*), e a respectiva instalação, bem como serviços de assistência e de manutenção do sistema (v., por ex., Vivant, *Lamy droit informatique*, p. 74 s.; Schneider, *EDV-Rechts*, p. 352 s., 383 s., esp. 754 s.).

Ora, o Acordo ADPIC e o novo Tratado OMPI sobre direito de autor, ao excluírem o direito de locação quando o programa de computador não constituir objecto essencial do contrato, revelam-se importantes em sede do problema do enquadramento jurídico do contrato de sistema informático. A resposta a este problema equaciona-se em função das finalidades visadas pelas partes. O objecto destes contratos é constituído, não por cada uma das coisas sobre que recaem as diferentes prestações atomisticamente consideradas, ou seja, não são os equipamentos, os programas ou os serviços isoladamente considerados, mas antes o sistema informático no seu todo, tal como foi projectado ou concebido, com determinadas características técnicas e qualidades funcionais, em função das necessidades específicas de informatização de uma empresa. O sistema informático, embora composto por equipamentos e programas, com estes não se identifica, antes oferecendo uma mais valia que radica na organização funcional dos elementos que o compõem em função das necessidades específicas, particulares e concretas de informatização de uma determinada empresa. E para a realização deste sistema informático não carece a empresa de ser proprietária, quer dos equipamentos, quer das cópias dos programas, na medida em que as suas necessidades de informatização se satisfaçam, por exemplo, com o gozo das diversas coisas que compõem o sistema informático. O sistema informático releva, assim, em primeira linha, como uma organização funcional de factores concebida de molde a satisfazer as necessidades específicas de informatização de uma determinada empresa. O sistema informático surge como um ente económico *a se*, dotado de autonomia e de individualidade, susceptível de ter o estatuto permanente de objecto de direitos. Parece tratar-se, portanto, de uma coisa complexa, ou “coisa composta funcional”. Porém, não é um puro bem

imaterial, porquanto não se traduz apenas em valores de organização, antes radicando num lastro corpóreo e num complexo de relações jurídicas. Com efeito, para realizar o sistema informático, são estabelecidas relações jurídicas com um ou mais fornecedores (por ex., contratos de compra e venda ou locação de equipamentos e/ou cópias de programas, podendo estes, por ex., resultar de contrato de encomenda, contratos de serviços de assistência e de manutenção, contratos de trabalho com pessoal especializado, etc.). No entanto, e este é o ponto capital, de acordo com a finalidade prosseguida pelas partes, a relação contratual com cada fornecedor, ou cada prestação, não releva, em primeira linha, em si, isoladamente considerada, mas antes enquanto elemento componente do sistema informático. O que é da maior importância como já facilmente se perceberá. Com efeito, o sistema informático, enquanto ente *a se* distinto dos diversos elementos que o compõem, poderá constituir objecto de relações jurídicas, por exemplo, de compra e venda, de locação, de comodato, etc. Assim, nomeadamente, poderá ser objecto de locação não obstante a licença de utilização dos programas que o compõem não conceder tal poder de disposição ao titular do sistema informático, uma vez que não constituem as cópias dos programas, em si, objecto da locação, mas antes algo distinto, a saber, o sistema informático. Por outro lado, na medida em que a prestação do fornecedor ou fornecedores recaia sobre objectos distintos, distintos serão também os respectivos regimes jurídicos. Assim, por exemplo, as prestações relativas aos equipamentos e aos suportes materiais serão tratadas enquanto compra e venda ou locação de coisa corpórea móvel, enquanto as prestações relativas às cópias dos programas serão tratadas enquanto compra e venda ou locação e serviços de coisa incorpórea. Discute-se se os programas de base e os sistemas operativos podem ser consideradas como coisas acessórias do equipamento (em sentido desfavorável, Vivant, *Lamy droit informatique*, p. 255; Schaming, *Le droit du logiciel*, p. 242 s., esp. 245; contra, na medida em que o *logiciel* de base não constitua objecto de um contrato separado, Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 80; favorável à unidade de objecto de compra e venda entre *hardware* e programa de base, como “vendita di un solo bene” se os fornecedores de *hardware* e *software* aplicativo forem idênticos, como contrato misto se forem diferentes, Sbisà, Rossello, in Alpa, *Contratti*, p. 23, 31-4, p. 83, n. 3, 104-5, n. 41). É, de facto, problemático que os programas de base e de exploração (o *firmware* e os sistemas operativos) possam ser considerados como coisas acessórias do equipamento, pela mesma razão que o não são os programas aplicativos relativamente aos respectivos suportes materiais (por ex. disquetes). Trata-se de coisas de natureza distinta sujeitas a regimes de tutela diversos. Não porque não possam constituir objecto de contratos de compra e venda e de locação como as coisas corpóreas, mas antes porque a sua especial natureza os sujeita a regimes especiais (por ex., o direito de autor para os programas de computador). Pelo que, em regra, a compra de um computador não será a simples compra de uma coisa corpórea móvel, mas também, sendo o caso, a compra das cópias dos programas que o integram (por ex. o *firmware* da ROM e da CPU) e em cujo disco rígido se encontram fixados (por ex., sistema operativo). Podemos dizer, portanto, que, o “computador é uma coisa composta de bens materiais e imateriais” (Borruso, *Computer e diritto*, I, p. 151).

Por outro lado, consoante de trate de fornecimento “aus einer Hand” ou no quadro de vários contratos, os acordos celebrados com vista à realização de um sistema informático

reconduzir-se-ão, em regra, a um contrato misto, sendo aplicáveis as regras que regem estes contratos, ou a uma união ou coligação de contratos ligados por um nexo de dependência funcional (sobre as múltiplas hipóteses de relações na realização de um sistema informático, v. Braun/Jökel/Schade, *Computer-Kaufverträge*, p. 118 s.; Pötzsch, *Die rechtliche Einheit*, p. 47 s., 107 s.). Da nossa parte, parece-nos ser de seguir o entendimento segundo o qual: “Se o objectivo prático é unitário, a conexão dos contratos teria o aspecto positivo de lhe permitir a resolução do contrato na totalidade, enquanto que se fossem contratos separados teria de se sujeitar à manutenção de uma parte que porventura não lhe interessa isoladamente. / Assim, se o cliente adquirir um sistema informático global, que deverá desempenhar as funções que são especificadas, e o programa se mostra incapaz de as satisfazer, não se compreenderia que pudesse resolver o contrato no que respeita ao programa, mas que tivesse de conservar os computadores — que afinal só havia adquirido por se integrarem no sistema global oferecido e por uma razão de compatibilidade. A existência de contratos separados não deve ser obstáculo à obtenção deste resultado prático.” (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 354). Por outro lado, a nossa jurisprudência superior tem apontado no sentido da qualificação como contrato misto de compra e venda e empreitada, a reger pelo critério oferecido pela teoria da combinação, para os contrato de fornecimento de sistema informático, ainda que “aligeirando” um pouco, a nosso ver, o tratamento jurídico da prestação relativa aos programas (Ac. STJ, 5-7-1994, CJ XIX, II, p. 174: “I — O contrato que tem como objecto a aquisição de um equipamento informático, a sua instalação e dos sistemas operativos é misto de compra e venda e empreitada. II — Em tal contrato, à instalação dos sistemas operativos são aplicáveis as disposições da empreitada, havendo lugar à indemnização prevista no art. 1233.º, caso se verifiquem defeitos de instalação e os mesmos não sejam eliminados”). Em sentido próximo se pronunciava Ribeiro Mendes, considerando que se trata “de contratos complexos, de natureza mista, em que o fornecedor se obriga a conceber e instalar um sistema informático destinado às necessidades do interessado e em que as prestações singularmente acordadas se podem reconduzir a diferentes tipos contratuais”. (Ribeiro Mendes, Legis 1993, p. 93).

Em todo o caso, o fim que preside à sua celebração caracteriza-se por ser não o mero fornecimento de equipamentos ou de suportes lógicos, ou a prestação de serviços, isolada ou atomisticamente considerados em si mesmos, mas antes a sua integração conjunta num sistema informático cuja realização se pretende no quadro de uma pré-concebida organização funcional que o contradistingue e individualiza enquanto ente *a se* (v. Martinek, *Moderne Vertragstypen*, III, p. 251). Por essa razão chega mesmo a ser sustentada a qualificação unitária destes contratos, ainda que com pluralidade de fornecedores, como contratos de empreitada (cfr. Vivant, *Lamy droit informatique*, p. 150-1).

Ora, isto é importante no ponto em análise uma vez que as regras constantes do Acordo ADPIC e do Tratado OMPI sobre direito de autor afastam a aplicação do direito de locação, na medida em que os programas de computador não constituam o objecto essencial do contrato. Isto é, não sendo o programa de computador, enquanto tal, objecto do contrato, mas antes um sistema informático unitário, já não se aplicará o direito de locação nestes casos. Esta regra revestirá especial importância relevante no domínio dos contratos de *leasing* de sistema informático. A informatização de uma empresa exige na

maior parte dos casos avultados investimentos financeiros, nem sempre dispendo as empresas de recursos financeiros que lhe permitam adquirir o sistema informático. Pelo que recorrem com frequência ao financiamento junto de instituições de crédito, celebrando, nomeadamente, contratos de *leasing*, ou, em rigor, de contratos de locação financeira, com sociedades de locação financeira. Se o *hardware* e o *software* se destinarem a integrar a aquisição de um sistema informático, mesmo que sejam individualmente negociados com fornecedores distintos, parece que, enquanto tal, isto é, enquanto elementos do sistema informático, poderão ser objecto de contrato de *leasing*, porquanto se exige para a locação financeira que a sociedade de *leasing* adquira a coisa (v. Decreto-Lei n.º 149/95, 24-6-1995, Locação financeira, art. 1.º: “locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados”), ou seja, o sistema informático composto pelo equipamento e pelos programas. Trata-se, com efeito, da aquisição de um sistema informático, que não se confunde com os elementos em que atomisticamente é susceptível de ser decomposto. O que é da maior importância como já se perceberá, porquanto a sociedade de locação financeira não carecerá, nomeadamente, de autorização do titular dos direitos sobre o programa, cuja cópia adquiriu, para locar o sistema informático à empresa ou utente, pois que não é a cópia o objecto da locação financeira, mas antes o sistema informático no seu todo. Não obstante, se estiver em causa, não a aquisição de um sistema informático, mas apenas a aquisição de uma cópia de um programa, já carecerá a sociedade de locação financeira, em princípio, de autorização do titular dos direitos sobre o programa para poder locar a cópia à empresa que procura o financiamento da aquisição apenas dessa cópia. Agora, o direito de locar as cópias é conservado na esfera do titular dos direitos sobre o programa e dever-se-á considerar que nestes casos o programa constitui o objecto essencial do contrato.

Ao nível dos sistemas informáticos, pode dar-se ainda outro exemplo da importância da regra constante do Acordo ADPIC e do Tratado OMPI sobre direito de autor. Pensamos, concretamente, em certos contratos de prestação de serviços informáticos, como sejam o contrato de *back up* e o contrato de gestão de sistema informático. O primeiro caracteriza-se pela circunstância de o fornecedor de um sistema informático se obrigar a colocar à disposição do cliente, que sofreu um acidente no seu sistema informático, por um período determinado, um sistema de substituição de configuração equivalente, a fim de que o utilizador possa realizar actividades de processamento informático, cuja ausência lhe causaria prejuízos consideráveis. O segundo é o contrato pelo qual uma parte se obriga a gerir a exploração do sistema informático da outra parte, o cliente, em nome e por conta deste, que não abdica do domínio da exploração. Em ambos os casos, o programa de computador não constitui objecto essencial do contrato, pelo que, segundo aquela regra, não se aplicará o direito de locação. Note-se que estes contratos não se confundem com o chamado *outsourcing* informático, como um género dos chamados acordos de *outsourcing*. Embora seja descabido tratar aqui exaustivamente o contrato de *outsourcing* informático, a sua crescente importância justifica que lhe dediquemos um pouco de atenção, tanto mais que se trata de uma modalidade especial de contratos de

sistema informático.

Caracteriza-se o contrato de *outsourcing* informático, em termos gerais, por ser o contrato pelo qual se confia a uma empresa especializada no domínio da informática, a gestão e a exploração dos serviços informáticos de uma empresa cujo actividade não é a informática, transmitindo a esta última o seu sistema informático. Trata-se de uma prática contratual de grande importância económica, uma vez que o mercado europeu dos serviços de *outsourcing* cresce actualmente na ordem dos 15% a 20% por ano, devendo atingir um volume de negócios de aproximadamente 10 biliões de dólares no ano de 1999, assistindo-se, por outro lado, a uma concentração das empresas que prestam este tipo de serviços. As empresas recorrem ao *outsourcing* por diversas razões estratégicas de optimização dos seus serviços informáticos, visando a redução dos custos, a diminuição dos problemas de gestão, bem como a preocupação de melhorar a qualidade dos seus serviços, concentrando a sua atenção nas suas actividades principais. Enquadra-se esta prática contratual no fenómeno da descentralização e especialização da actividade económica, encontrando paralelo, em certos termos, no contrato financeiro de *factoring* como resulta da sua caracterização como o contrato pelo qual uma das partes, o factor ou sociedade de *factoring*, se obriga, mediante retribuição, a gerir certos créditos da outra parte, o aderente, garantindo a cobrança dos créditos na data do seu vencimento e/ou o seu pagamento antecipado [entre nós, porém, o Decreto-Lei n.º 176/95, 17-7-1995, art. 2.º, 1, ao definir a actividade de *factoring* ou cessão financeira como a aquisição de créditos a curto prazo, derivados da venda de produtos ou de prestação de serviços nos mercados interno e externo, parece ter acentuado a sua dimensão de meio de financiamento (v. Carolina Cunha, *O contrato de 'factoring'*, p. 5)]. O contrato de *outsourcing* informático insere-se no quadro dos chamados contratos informáticos, podendo ser definido como o contrato pelo qual uma parte, a empresa de *outsourcing*, se obriga a gerir e explorar, em seu nome e por conta própria, o sistema informático específico de um determinado cliente, mediante retribuição. Para além dos contratos de *back up* e de gestão de sistema, distingue-se, ainda, de outros contratos de prestação de serviços informáticos, como sejam, nomeadamente, o contrato de *time-sharing*, pelo qual uma parte autoriza a outra a fazer uso, não exclusivo, de uma "biblioteca" de programas e de unidades de dispositivos de processamento mais poderosos e performativos que os seus, através de um terminal; e o contrato de *services-bureau*, que se caracteriza por uma das partes se obrigar a prestar serviços *standard* ou padronizados de exploração do sistema informático da outra parte, não os adaptando às necessidades específicas do cliente (v. Pearson, *Computer Contracts*, p. 157 s., 164 s.). Por outro lado, o conteúdo do contrato de *outsourcing* informático diverge em função da situação particular de cada cliente e dos objectivos específicos por si prosseguidos, nomeadamente: *a)* pode destinar-se a transferir a exploração de um sistema informático em "fim de vida" para permitir à equipa informática do seu cliente concentrar a sua actividade na instalação de um novo sistema informático; *b)* pode ter por finalidade a reestruturação do sistema informático que é transferido à empresa de *outsourcing*; *c)* pode tratar-se de um novo sistema informático que é à partida transferido, para fins de gestão e exploração, a essa empresa.

Não obstante a importância desta figura contratual, o seu estudo mais detalhado afastar-nos-ia do objecto da nossa investigação, tendo em conta a pluralidade de questões jurídicas que suscita, como sejam, por ex., a aplicação de regras de natureza laboral

1. O legislador comunitário integrou o direito de distribuição nos direitos exclusivos de exploração económica dos programas de computador e das bases de dados. Relativamente aos primeiros, dispôs que o titular tem o direito exclusivo de efectuar ou autorizar “qualquer forma de distribuição ao público, incluindo a locação, do original ou de cópias de um programa de computador” (art. 4.º-*c* DPC). Sendo que, “o termo qualquer forma de distribuição admite uma interpretação ampla no sentido de abranger qualquer acto que possa tornar-se relevante no futuro” (961).

Dentro das formas de distribuição ao público é expressamente prevista a locação, sendo caracterizada como “a possibilidade de pôr à disposição para utilização, por um período determinado e com um intuito lucrativo, um programa de computador ou uma sua cópia”, acrescentando-se que “este termo não inclui o empréstimo público que, por conseguinte, não é abrangido pelo âmbito da presente directiva” (962). Consagrou, depois, o princípio da exaustão ou esgotamento do direito de distribuição, dispondo que “a primeira comercialização na Comunidade de uma cópia de um programa efectuada

relativas, nomeadamente, à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato de trabalho (arts. 3.º, 4.º e 6.º Decreto-Lei n.º 5/94, 11-1, que transpôs a Directiva n.º 91/533/CEE do Conselho, de 14 de Outubro), à cedência ocasional de trabalhadores (v. arts. 26.º *et seq.* do regime especial do contrato de trabalho temporário, Decreto-Lei n.º 358/89, 17-10), e à negociação de empresas [art. 37.º do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho, Decreto-Lei n.º 49 408, 24-11-69; uma disposição semelhante resulta da Directiva n.º 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, relativa à conservação dos direitos dos trabalhadores em caso de transmissões de empresas, de estabelecimentos ou de partes de estabelecimentos, e que o TJCE interpretou no sentido de entrarem no seu âmbito de aplicação relações equivalentes ao *outsourcing* informático, como é o *catering*, v. Proc. C-392/91 (*Christel v. Spar- und Leihkasse*), Rec. 1994, I, p. 1311 s.]; pondo-se ainda, quanto a estas, o problema da desnecessidade de consentimento do senhorio em relação à cessão da posição contratual do arrendamento do prédio em que funcione a exploração do sistema (art. 115.º RAU). Interessa destacar, não obstante, que o *outsourcing* informático não tem por objecto programas de computador, mas antes o próprio sistema informático, juntamente, em princípio, com a universalidade de recursos que lhe estão afectados, incluindo os recursos humanos. Pelo que não serão os programas de computador objecto essencial destes contratos, sendo excluída, por isso, nos termos previstos pelo Acordo ADPIC e pelos novos Tratados OMPI, a aplicação do direito de locação. Para uma análise mais detalhada destes contratos, que não podemos fazer aqui, incluindo o *outsourcing* informático, v., por ex., Ingenfeld, CR 1993, p. 288 s., p. 368 s.; Braunschweig, CR 1994, p. 193 s.; Dupuis-Toubol/Vergne, DIT 1/1993, p. 8 s; Yates, CL&P 1993, p. 104 s., CL&P 1994,

pelo titular dos direitos ou realizada com o seu consentimento extinguirá o direito de distribuição na Comunidade dessa mesma cópia” (art. 4.º-c, 2.ª parte, DPC) ⁽⁹⁶³⁾.

De um modo geral, o direito de distribuição permite ao seu titular participar no resultado económico da exploração de um programa através, nomeadamente, do acordo com os distribuidores sobre o preço de mercado de determinadas cópias. Todavia, esgota-se ou extingue-se na Comunidade em relação a estas cópias com a sua primeira comercialização na Comunidade efectuada pelo titular dos direitos ou realizada por terceiro (um “distribuidor”) com a sua autorização.

Porém, o direito de controlar a locação ulterior do programa ou de uma sua cópia (adquirida na ou após a sua primeira comercialização) não se esgota. O que significa que, mesmo após a primeira comercialização do programa ou de uma sua cópia, é exclusivamente reservado ao titular dos direitos — encontrando-se, em qualquer caso, sujeita à sua autorização —, a locação ulterior do programa ou de uma sua cópia, respectivamente ⁽⁹⁶⁴⁾.

2. Em matéria de bases de dados, o legislador comunitário consagrou também este direito, que consiste em “qualquer forma de distribuição da base ou de uma cópia ao público” (art. 5.º-c DBD). De igual modo, sujeitou o seu exercício ao princípio do esgotamento, dispondo que: “A primeira comercialização na Comunidade da cópia de uma base de dados efectuada pelo titular do direito, ou com o seu consentimento, esgotará o direito de controlar a revenda dessa mesma cópia na Comunidade” (art. 5.º-c, 2.ª parte, DBD).

Todavia, considerou que o esgotamento deverá aplicar-se apenas à distribuição de cópias em suporte material, e já não mediante transmissão em linha ⁽⁹⁶⁵⁾. Na verdade, sendo um dos objectivos da directiva assegurar

p. 142; v., ainda, o caso decidido pela jurisprudência estadunidense, “Computer Associates”, ITL 2/1994, p. 5-6, e, especialmente sobre o *outsourcing* televisivo, Kresse, ZUM 1994, p. 385 s.

⁽⁹⁶³⁾ Não obstante o teor literal da norma e contra toda a orientação comunitária neste domínio, entendem Ristuccia e Zeno-Zencovich que o adquirente de uma cópia de um programa de computador poderá, posteriormente, não só aliená-la como também locá-la, porquanto “ha poco senso ritenere che egli possa impedire atti di disposizioni più limitati quale le locazione”, sustentando, ainda, agora a nosso ver com razão, que “una licenza a tempo indeterminato costituisce dunque una vendita ed esaurisce il diritto d’autore” (Ristuccia/Zeno-Zencovich, DII 1994, p. 248-9); exaustão essa que opera relativamente à cópia vendida, deveremos acrescentar.

⁽⁹⁶⁴⁾ Contra uma solução deste teor e favorável antes à atribuição posterior ao

a liberdade de fornecimento de produtos ou serviços de bases de dados em linha, considera-se que “a protecção de bases de dados pelo direito de autor inclui igualmente a colocação à disposição de bases de dados sob outra forma que não seja a distribuição de cópias” (966).

Ou seja, a colocação à disposição de bases de dados pode fazer-se, seja pela distribuição de cópias (através dos CD-ROM ou CD-I), seja pelo seu fornecimento em linha. Trata-se, em ambos os casos, de “meios de distribuição” (967), uma vez que se considera que o titular do direito pode optar “por colocar um exemplar da base de dados à disposição de um utilizador, quer através de um serviço em linha ou de outros meios de distribuição” (968).

Não obstante, esta distinção quanto ao modo de colocação à disposição — é dizer, quanto ao modo de distribuição — das bases de dados é importante para determinar o esgotamento do direito de distribuição, uma vez que este opera apenas em relação às cópias distribuídas nos termos referidos (969). Assim, com efeito, por um lado, dispõe que “a primeira comercialização na Comunidade da cópia de uma base de dados efectuada pelo titular do direito, ou com o seu consentimento, esgotará o direito de controlar a revenda dessa mesma cópia na Comunidade” (art. 5.º-b DBD). Por outro lado, considera-se que “a questão do esgotamento do direito não se coloca no caso de bases de dados em linha que pertencem ao domínio da prestação de serviços”, bem como “à cópia material de uma base desse tipo feita pelo utilizador do serviço com o consentimento do titular do direito”.

Ou seja, quer a colocação à disposição de bases de dados em linha, quer a “cópia material” de base de dados em linha efectuada pelo utilizador do serviço com o consentimento do titular do direito, não constituem distribuição para efeitos de exaustão deste direito; nessa medida, o fornecimento de produtos ou serviços de bases de dados em linha não relevam para efeitos do esgotamento do direito de distribuição, aduzindo-se como justificação para esta diferença de regime que “ao contrário dos CD-ROM ou CD-I em que a propriedade intelectual é incorporada num suporte material, a saber, numa mercadoria, cada prestação em linha é efectivamente um acto que deverá estar sujeito a autorização se o direito de autor o prever” (970).

Assim sendo, parece que a comercialização, mediante distribuição em

esgotamento do direito de distribuição de um direito específico de remuneração, Oliveira Ascensão, ROA 1991, p. 625 s. (que, aliás, não sustenta a figura do direito de distribuição, v. Oliveira Ascensão, ROA 1990, p. 117-8). No que diz respeito aos actos de comodato, o “empréstimo público” não é abrangido no âmbito da directiva programas de computador (cons. 16, *in fine*, DPC). Sendo que a Directiva Aluguer e Comodato (DAC) não vincula

linha, de uma cópia de uma base de dados não produz o esgotamento do direito de distribuição, isto é, o titular do direito poderá controlar a revenda dessa mesma cópia na Comunidade (971). Vale isto por dizer que o utilizador do serviço de base de dados em linha que tenha efectuado uma cópia material dessa base com autorização do titular dos direitos não poderá, sem autorização deste, comercializar essa mesma cópia.

E assim parece que deve ser, uma vez que se considera que “os direitos exclusivos do autor deverão incluir o direito de determinar como e por quem a sua obra poderá ser explorada e, em especial, o de controlar a colocação da sua obra à disposição de pessoas não autorizadas” (972). Deste modo, enquanto nas cópias distribuídas em suportes materiais, nomeadamente CD-ROM, o titular dos direitos exerceu o seu “direito de destinação”, também o mesmo deverá poder fazer na “distribuição” de cópias de uma base de dados colocada à disposição em linha.

3. Esta solução foi consagrada na sequência da teoria comunitária do esgotamento em sede de direitos de propriedade intelectual (973). Sustenta-se que a regra do esgotamento — elaborada para conciliar a territorialidade dos direitos de propriedade intelectual com a liberdade de circulação de mercadorias no mercado único —, comporta duas dimensões diferentes.

Por um lado, constitui uma limitação ao direito de distribuição, uma vez que este direito extingue-se com o primeiro lançamento no mercado de cópias de uma obra com o consentimento do titular do direito. Por outro lado, do ponto de vista do direito comunitário, a regra do esgotamento significa, ainda, que se o titular de um direito de propriedade intelectual, ou um terceiro com o seu consentimento, lançar no mercado de um Estado-membro um produto que constitui uma exploração de um direito de propriedade

os Estados-membros a concederem um direito exclusivo de comodato ao titular de direito sobre um programa de computador (encontrando-se, porém, ressalvado o direito exclusivo de locação dos programas de computador: art. 3.º DAC).

(965) Por ex., Schwarz, *Urheberrecht im Internet*, p. 30.

(966) Cons. 31 DBD.

(967) Strowel/Triaille, *Le droit d'auteur*, p. 270.

(968) Cons. 34 DBD.

(969) Cfr. Koch, GRUR 1997, p. 425-6.

(970) Cons. 33 DBD.

(971) Cfr. Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 122, e n. 80.

(972) Cons. 30 DBD.

(973) Para além dos casos já referidos em matéria de direito de autor e direitos

intelectual, já não poderá opôr-se a que tal produto circule livremente em toda a Comunidade, ou seja, o titular não pode invocar o seu direito de distribuição para proibir a venda dessa mercadoria por um importador paralelo num outro Estado-membro.

Nas palavras do TJCE, os “Arts. 30 e 36 do Tratado significam que a protecção territorial concedida pela lei nacional à propriedade industrial e comercial não podem ter por efeito legitimar a insularização dos mercados nacionais e conduzir à fragmentação artificial dos mercados, e que, conseqüentemente, o titular de um direito de propriedade industrial ou comercial protegido pela lei de um Estado-membro não pode basear-se nessa lei para impedir a importação de um produto que foi licitamente comercializado num outro Estado-membro pelo próprio proprietário ou com o seu consentimento” (974).

Todavia, esta comercialização de uma mercadoria que incorpora o seu direito intelectual não extingue outros direitos como, por exemplo, o direito de reprodução ou de adaptação. Com efeito, “a noção de colocação em circulação tem um significado bem preciso e o princípio do ‘esgotamento’ um domínio de aplicação estritamente definido: trata-se do acto pelo qual o produto ao qual se aplicam direitos intelectuais passa da mão do titular destes direitos à mão do distribuidor e assim de seguida até ao consumidor final” (975).

Para além disso, a orientação comunitária considera que cada prestação de serviço constitui também um acto que deve ser autorizado em si mesmo, sem que tal prejudique as futuras explorações, não se esgotando, portanto, estes direitos. Ou seja, não se equaciona da mesma forma a questão do esgotamento

conexos, v., ainda, sobre a livre circulação de mercadorias e a propriedade intelectual, caso 15/74, 31-10-1974 (*Centrafarm v. Sterling*), ECR 1974, p. 1147 (patentes); caso 102/77, 23-5-1978 (*Hoffmann-la Roche*), ECR 1978, p. 1139, e Caso C-10/89, 17-10-1990 (*Hag II*), ECR 1990, p. 3711 (objecto específico do direito da marca). Refira-se, ainda, que em harmonia com a jurisprudência comunitária, o direito de distribuição foi definido no Livro Verde 1988 como “o direito exclusivo de autorizar que uma obra, ou reproduções da mesma, sejam postas à disposição do público”, permitindo controlar a exploração comercial da mesma; direito este que se considerava estar sujeito ao esgotamento, que é um princípio corrente nas legislações sobre os diferentes tipos de propriedade intelectual, ou seja, os direitos em causa consideram-se esgotados ou consumidos quando os bens objecto de protecção são, pela primeira vez, licitamente comercializados, isto é, pelo próprio titular ou com o seu consentimento” (p. 142-3)

(974) Caso 270/80, 9-2-1982 (*Polydor v. Harlequin Record Shops*), ECR 1982, p. 349.

(975) Castell, *L'épuisement' du droit intellectuel*, p. 260 (para uma análise de direito comparado das “técnicas jurídicas justificativas” da exaustão do direito de distribuição,

dos direitos em matéria de prestação de serviços, que são exemplificados através da radiodifusão, do aluguer e do comodato. Aduz-se que, neste domínio, cada prestação é, com efeito, um acto que deve ser submetido a autorização, desde que o direito de propriedade intelectual o preveja.

Assim, por exemplo, a radiodifusão ou a projecção em sala de um filme

bem como no que respeita ao seu âmbito quanto à definição do território e do próprio acto de esgotamento, v. p. 29 s., 125 s.; entre nós, em especial no âmbito da propriedade industrial, Sousa e Silva, *O princípio do esgotamento*, p. 17 s.).

⁽⁹⁷⁶⁾ Livro Verde 1995, p. 44-8.

⁽⁹⁷⁷⁾ Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 127. Refira-se que no direito alemão a *Erschöpfungslehre*, surgida pela pena de Kohler, é expressamente consagrada no § 17(2) UrhG, nos termos do qual “se a obra original ou cópias dela tiverem sido distribuídas através da sua alienação com o consentimento do titular do direito de distribuição da obra no território da União Europeia ou de outro Estado signatário do Acordo sobre a Área Económica Europeia, a sua distribuição posterior será permitida, excepto para efeitos do aluguer”. Todavia, o princípio do esgotamento (*Erschöpfungsgrundsatz*) constitui uma regra geral que a jurisprudência constante do BGB firmada na decisão *Kaberfernsehen in Abschattungsgebieten* de 7 de Setembro de 1980, de acordo com a teoria de v. Gamm, considera válida, inclusivamente, no domínio do direito de comunicação ao pública, apesar de todas as críticas que lhe são dirigidas por autores como Hubmann, Nordemann e Schricker (cfr. Joos, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht*, p. 217-9, com mais referências).

O problema é de novo discutido em relação às transmissões em linha a pedido, repondo-se de novo o debate entre as doutrinas da segurança do tráfego jurídico e a doutrina da recompensa (v. Joos, *Die Erschöpfungslehre*, p. 80-1). Por um lado, para a doutrina da segurança do tráfego jurídico (*Verkehrssicherunsthese*), o fundamento da exaustão dos direitos consiste em não impedir injustificadamente a distribuição posterior de exemplares colocados no mercado, assegurando a segurança das relações do tráfego jurídico-negocial e o interesse da livre circulação de mercadorias; no caso da distribuição de exemplares corpóreos de obras o direito de exploração do autor será limitado em ponderação com outros bens jurídicos, nomeadamente o direito de propriedade sobre o exemplar da obra. Porém, este conflito entre dois direitos absolutos — o direito do autor relativo à obra e a propriedade sobre o suporte corpóreo do seu exemplar distribuído —, não teria lugar nas transmissões em linha a pedido, uma vez que o meio de transporte (por ex., sinais radiofónicos e televisivos, luz, impulsos electrónicos) não constituiria objecto de um direito absoluto negociável. Por outro lado, para a “doutrina da recompensa” (*Belohnungstheorie*) o princípio do esgotamento seria aplicável também neste domínio uma vez que o titular dos direitos teria a possibilidade aquando da primeira alienação da cópia da obra de receber uma remuneração pela sua prestação espiritual, estando nessa medida cumprido o fim do direito de distribuição. Todavia, contra esta perspectiva argumenta-se que na transmissão digital a utilização posterior do exemplar reproduzido não será de todo irrelevante, uma vez que poderá ser ilimitadamente reproduzido e transmitido

não produz o esgotamento do direito que ao titular assiste de autorizar ou de proibir, seja a radiodifusão ou projecção seguintes, seja a retransmissão por cabo. Em suma, conclui-se que, se a obra for incorporada num suporte material, fica sujeita à disposições em matéria de livre circulação de mercadorias e, por conseguinte, ao princípio do esgotamento comunitário. Se a obra não for incorporada num suporte material, mas integrada numa prestação de serviços, podendo, nessa medida, repetir-se de forma ilimitada, não pode aplicar-se a regra do esgotamento ⁽⁹⁷⁶⁾.

Em conformidade, parece prevalecer o entendimento segundo o qual “o direito de distribuição (*Verbreitungsrecht*) é, por um lado, limitado à primeira oferta de colocação em circulação de exemplares corpóreos da obra, e, por outro, nessa medida, vinculado inseparavelmente ao esgotamento” ⁽⁹⁷⁷⁾.

Porém, contraposta a linha comunitária com este entendimento, há casos que se afiguram duvidosos. O aluguer, por exemplo, terá por objecto uma obra incorporada num suporte material, constitui uma forma de distribuição e, todavia, não está sujeito ao princípio do esgotamento ⁽⁹⁷⁸⁾. Consistirá o aluguer num acto de prestação de serviços?

4. A orientação comunitária foi posteriormente explicitada. Considera-se que as disposições comunitárias existentes ⁽⁹⁷⁹⁾ constituem um “bom ponto de partida”. E são-no porque conferem aos “respectivos titulares de direitos um direito exclusivo relativamente à distribuição, incluindo o aluguer, da obra original ou de outros objectos protegidos, ou das respectivas cópias, enquanto esse direito (mas não o direito de aluguer) se esgota em relação às cópias da obra ou outros objectos protegidos que tenham sido postos no mercado na Comunidade pelo titular do direito ou com o consentimento (“esgotamento comunitário”).

Por outro lado, tem-se em conta o preâmbulo da directiva bases de dados (cons. 33), que estabelece que a questão do esgotamento do direito de distribuição não se coloca no caso de bases de dados em linha, uma vez que

a terceiros (efeito de multiplicação), não sendo possível ao titular dos direitos receber uma compensação adequada pela primeira venda, além de que mesmo na distribuição de exemplares corpóreos não se esgotam certos direitos como, por ex., o direito de aluguer (v. Dreier, *Perspektiven*, p. 138; Reh binder, *Urheberrecht*, p. 151; Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, p. 101 s.; Lehmann, *Digitalisierung*, p. 60).

⁽⁹⁷⁸⁾ Já no sentido de que o aluguer e o comodato não implicam o esgotamento do direito de distribuição, Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 236 (“Der Verleih oder die

pertencem ao domínio da prestação de serviços, não havendo necessidade de conciliar a propriedade material de um bem tangível com a propriedade intelectual nele contida. Nessa medida, sustenta-se que a legislação harmonizada deverá estabelecer que o princípio do esgotamento se aplica unicamente à distribuição de produtos e não ao direito aplicável em relação à prestação de serviços, designadamente os serviços em linha ⁽⁹⁸⁰⁾.

Todavia, agora o aluguer parece ser excluído do âmbito da prestação de serviços. Melhor dito, o aluguer parece ser considerado uma forma de distribuição, podendo ter apenas por objecto um bem tangível que incorpore propriedade intelectual. Assim será, porque os actos que se consideravam abrangidos pelo aluguer (transmissão em linha a pedido) foram integrados no direito de comunicação ao público (juntamente com a radiodifusão, a projecção de filmes) e, por isso, no domínio da prestação de serviços propriamente dita.

A Proposta desenvolve esta orientação dualista, sendo seu objectivo “proporciona[r] uma oportunidade para criar uma situação de igualdade de tratamento coerente para a distribuição por meios electrónicos e de forma tangível do material protegido e para estabelecer uma distinção clara entre estas duas categorias.” Assim, e na linha do art. 6.º, 1, do Tratado OMPI sobre direito de autor, confere aos autores de todas as categorias de obras o direito exclusivo de autorizar qualquer forma de distribuição ao público, através da venda ou de qualquer outro meio, dos originais e cópias das suas obras (art. 4.º, 1). Entende-se, porém, que os Estados-membros podem continuar a aplicar a sua própria concepção deste direito (direito de destinação, direito de publicação), na medida em que seja assegurada uma equivalência material, sendo que as “expressões ‘cópias’ e ‘originais e cópias’, sujeitos ao direito de distribuição, referem-se exclusivamente a cópias que podem ser postas em circulação como objectos tangíveis.” Ou seja, agora, ao termo distribuição, ainda

Vermietung von Exemplaren begründet keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts”). A nível comunitário, a regra do não esgotamento do direito de aluguer foi também firmada por via jurisprudencial [cfr. Dietz, *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, p. 137 s.; mais recentemente, v. por ex., o caso 158/86, 17-5-1988 (*Warner v. Metronome*), ECR 1988, p. 2631: “os arts. 30 e 36 do Tratado CEE não proibem a aplicação da legislação nacional que confere ao autor o direito de fazer depender do seu consentimento o aluguer de cassetes-vídeo, quando as cassetes em questão já tenham sido postas em circulação com a sua autorização num outro Estado-membro cuja legislação permite ao autor controlar a venda inicial, sem lhe conceder o direito de proibir o aluguer”].

⁽⁹⁷⁹⁾ Art. 4.º-c, DPC, art. 9.º, 1, DAC, art. 5.º-c, DBD.

que seja utilizado em sentido amplo para designar também a distribuição por meios electrónicos, acaba por ser imprimido um sentido estrito, definindo-se como “o direito de autorizar e proibir a distribuição de cópias materiais” que a directiva aluguer e comodato já harmonizara (art. 9.º, 2, DAC). Por outro lado, prevê-se, ainda, uma disposição que estabelece que o direito de distribuição só se esgota no conjunto da Comunidade (esgotamento comunitário) com a primeira venda da cópia na Comunidade, desde que a venda seja efectuada pelo titular do direito ou com o seu consentimento, em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Justiça destinada a conciliar o princípio da livre circulação das mercadorias em toda a Comunidade com a protecção do objecto específico dos direitos de propriedade intelectual (art. 4.º, 2, Proposta). Isso significa também que é excluída a possibilidade de os Estados-membros aplicarem o esgotamento internacional, em que a primeira venda de um artigo em qualquer local do mundo pelo titular do direito ou com o seu consentimento esgota o direito de distribuição associado ao artigo ⁽⁹⁸¹⁾.

Assim, propõe-se a configuração do direito de autor em termos de incluir o direito exclusivo de controlar a distribuição de uma obra incorporada num produto tangível, esgotando-se o direito de controlar a revenda de tal objecto na Comunidade, e só aí (esgotamento comunitário) ⁽⁹⁸²⁾, com a primeira venda na Comunidade do original de uma obra ou das suas cópias pelo titular do direito ou com o seu consentimento; entendendo-se, por outro lado, que “a questão do esgotamento não é pertinente no caso dos serviços, e em especial dos serviços em linha [e] igualmente em relação a uma cópia

⁽⁹⁸⁰⁾ Seguimento 1996, p. 18-9. Um outro país em que o princípio do esgotamento está consagrado com alcance geral é a Espanha, pondo os autores em destaque a “coincidência substancial” entre o art. 19.º, 2, LPI, e o § 17(2) UrhG 1965 (Vega Vega, *Derecho de autor*, p. 128, n. 46; v., ainda, Marco Molina, *La propiedad intelectual*, p. 256 s.).

⁽⁹⁸¹⁾ Proposta, p. 25, 22, 30-1.

⁽⁹⁸²⁾ Refira-se que no Parecer sobre o Livro Verde 1995, o Comité Económico e Social considerou que, relativamente ao problema de saber se as importações, electrónicas ou físicas, de fora da Comunidade estarão ou não sujeitas ao controlo do direito de propriedade intelectual à entrada na Comunidade, o titular de um direito de propriedade intelectual deveria manter total controlo sobre a importação e posterior distribuição de produtos que incorporem o seu direito de propriedade intelectual; porém, nos casos em que num país terceiro a protecção do direito de propriedade intelectual seja adequada e em que o titular desse mesmo direito tenha autorizado a distribuição de produtos sob forma electrónica, este princípio geral poderia sofrer variações: nestes casos, embora limitados, o titular do direito de propriedade intelectual não deveria ter automaticamente o direito de

material de uma obra ou de outro material efectuada por um utilizador de tal serviço com o consentimento do titular do direito [, uma vez] que, ao con-

impor restrições à importação para a UE (Síntese do Parecer).

⁽⁹⁸³⁾ Cons. 19, Proposta.

⁽⁹⁸⁴⁾ Arts. 6.º a 8.º Tratado sobre direito de autor, e arts. 8.º a 10.º, e 12.º a 14.º Tratado sobre direitos conexos, e respectivas Declarações Acordadas.

⁽⁹⁸⁵⁾ Cfr. Dietz, ZUM 1998, p. 444. Aproxima-se, assim, da lei japonesa, que define a distribuição como “the transfer and lending of copies of a work to the public, whether with or without payment, and in the case of a cinematographic work or a work reproduced therein, it includes the transfer and lending of copies of such work for the purpose of making cinematographic work available to the public” (art. 2 (xix)). De igual modo, na legislação estadunidense, o direito de distribuição abrange, *inter alia*, a venda e o aluguer (17 USC § 106(3) “to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending”), esgotando-se o direito de distribuição em qualquer caso por força da chamada *first sale doctrine* (v. 17 USC § 109(a), introduzido pelo Act of November 5, 1988, *Extension of Record Amendment Act*, Pub. L. 100-617, 102 Stat. 3194), à excepção, porém, dos programas de computador e dos fonogramas, cujos titulares de direitos conservam o direito de controlar o aluguer das cópias vendidas (v. 17 USC § 109). Refira-se que neste país, tradicionalmente, o direito de distribuir cópias refere-se à cópia tangível de uma obra que pode ser objecto de posse. Porém, no caso *Playboy Enterprises Inc. v. Frena* (Fla 1993), o tribunal considerou que o direito de distribuição estava implicado no carregamento não autorizado pelo demandado Frena, operador de um BBS (*Bulletin Board System*), de imagens fotográficas digitalizadas (cuja reprodução não era autorizada) da demandante, a empresa Playboy. Num caso semelhante, *Sega Enterprises Ltd. v. Maphia* (Cal. 1994), o tribunal referiu-se à utilização de um sistema de *bulletin board* para fazer e distribuir cópias de jogos de vídeo protegidos pelo direito de autor.

Ainda no direito comparado, é muito importante referir a solução da recente lei brasileira sobre direitos autorais (Lei n.º 9.610, 19-02-1998). Na verdade, por um lado, consagra um conceito amplo de distribuição, que define como a “colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse” (art. 5.º, IV). Sendo que como formas de distribuição prevê, por um lado, “a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra”, e por outro lado, “a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário” (art. 29.º, VI e VII). Ora, se contrapusermos esta noção de distribuição com a de comunicação ao público, verificamos que a transmissão digital interactiva constitui também uma forma de distribuição uma vez que permite a distribuição

trário do que acontece com os CD-ROM ou os CD-IS, em que a propriedade intelectual está incorporada num suporte material, isto é, um artigo, cada serviço em linha constitui de facto um acto que deverá ser sujeito a autorização quanto tal for previsto pelo direito de autor ou direitos conexos” (983).

Disto parece resultar que, ao contrário da posição inicial, o aluguer deixa de ser considerado um acto de prestação de serviços, e que, apesar de integrar o direito de distribuição, não está sujeito ao princípio do esgotamento. Por outro lado, o direito de distribuição consagrado em termos gerais na Proposta parece ser mais amplo do que o constante dos Tratados OMPI.

Na verdade, estes distinguem claramente três tipos de direitos: o direito de distribuição, o direito de aluguer e o direito de comunicação ao público — sendo que os dois primeiros têm por objecto bem tangíveis que incorporam direitos de propriedade intelectual, distinguindo-se porque o direito de distribuição é restrito aos actos de transferência de propriedade (984). A Proposta admite que a distribuição seja feita por venda ou por qualquer outro meio (parecendo incluir o aluguer) (985), ainda que pareça exigir que o material seja posto em circulação na forma de produtos tangíveis.

Na opinião de Dietz, “a regra do direito de distribuição constante do Tratado OMPI é mantida, no sentido de se limitar à distribuição através de venda ou outra transferência de propriedade (*Veräußerung*). Isto significa que o aluguer (e o comodato) de exemplares reproduzidos não serão abrangidos conceitualmente pela distribuição e ficam fora de consideração no âmbito da regra facultativa do esgotamento constante do art. 6.º do tratado [OMPI] sobre direito de autor e dos arts. 8.º, 2, e 12.º, 2, do tratado [OMPI] sobre direitos conexos. [...] Esperar-se-ia na verdade uma decisão de clara separação do direito de aluguer e do direito de distribuição segundo a linha traçada pelos tratados OMPI. Todavia, prevalecentemente o direito de distribuição previsto no art. 9.º da directiva direito de aluguer, como sobretudo no art. 4.º, 1, da Proposta, será definido de acordo com o sentido germânico, em

de exemplares. Na verdade, a comunicação ao público é definida como o “ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares” (art. 5.º, V).

Por outras palavras, o legislador brasileiro terá sido pioneiro na consagração da figura da distribuição electrónica, merecendo a nossa concordância ao não excluir a transmissão digital em linha do direito de distribuição, antes reconhecendo que esta poderá consubstanciar formas de distribuição. É o reconhecimento claro de que a distribuição pode ser operada por via electrónica, seja através da venda, seja através de locação ou comodato, sendo possível que por essa via se transfira a propriedade ou a

termos de abranger também o aluguer e o comodato”⁽⁹⁸⁶⁾.

Acresce que, tal como se fizera na directiva bases de dados, ainda é utilizado o termo distribuição, para abranger os serviços em linha, quando se refere à distribuição electrónica, parecendo deixar uma “ponta solta” para a consagração desta figura. Mas, se recusarmos que a transmissão electrónica em linha é um meio adequado para distribuir cópias materiais, então não resta concluir que, em face do regime proposto, agora é já um outro direito que intervém: o direito de comunicação ao público. O qual, à semelhança do aluguer, e não obstante este deixar de ser considerado um acto de prestação de serviços, não estará sujeito ao princípio do esgotamento.

5. Refira-se, por outro lado, que, não obstante a Proposta seguir a linha

posse de material protegido pelo direito de autor. Foi esta a doutrina que na primeira parte sustentámos e que vimos ter acolhimento ao mais alto nível pelo legislador brasileiro. Trata-se, aliás, de uma solução consonante com a recomendação do relatório estadunidense, nos termos da qual: “Nevertheless, there is no reason to treat works that are distributed in copies to the public by means of transmission differently than works distributed in copies to the public by other, more conventional means. Copies distributed via transmission are tangible as any distributed over the counter or through the mail. Through each method of distribution, the consumer receives a tangible copy of the work” (NII White Paper, p. 216).

O diploma de transposição da Directiva Bases de Dados parece ter apontado também neste sentido, quando define o conceito de reutilização, uma das faculdades do direito especial do produtor, como “qualquer forma de distribuição ao público da totalidade ou de uma parte substancial do conteúdo da base de dados, nomeadamente através da distribuição de cópias, aluguer, transmissão em linha ou outra modalidade” (art. 12.º, 2-*b*, do Decreto-Lei n.º 122/2000, 4-7).

⁽⁹⁸⁶⁾ Dietz, ZUM 1998, p. 444.

⁽⁹⁸⁷⁾ Art. 2.º-*b*, cons. 24, DBD.

⁽⁹⁸⁸⁾ Art. 1.º, 1 a 4, DAC. O sentido e alcance destas noções são completados no preâmbulo, em termos que importa compreender. Por um lado, considera-se “desejável, por uma questão de clareza, excluir do aluguer e do comodato [...] determinadas formas de colocação à disposição, como por exemplo, a colocação à disposição de fonogramas e filmes (obras cinematográficas ou audiovisuais ou sequências de imagens animadas, acompanhadas ou não de som) para exibição ou difusão públicas, a colocação à disposição para a realização de exposições e a colocação à disposição para consulta no local” (cons. 13). Parece, assim, que o aluguer e o comodato se destinam a utilizações privadas da obra, já não a utilizações públicas da obra como sejam a exibição e a difusão públicas de uma obra audiovisual, a realização de exposições e consultas no local destinadas ao público. Estes actos não serão formas de aluguer ou comodato, relevando antes, ao que parece, como formas de comunicação ao público. Tratar-se-á de uma licença para comunicação ao

traçada já pela directiva bases de dados, esta directiva preceitua que não são prejudicadas as disposições comunitárias relativas ao direito de aluguer e de

público e não para distribuição. Isto significa, por ex., que uma sala de cinema que tem em exibição um determinado filme não pratica esse acto a título de aluguer ou de comodato, mas antes de licença de comunicação ao público mediante exibição. Mas, significará isso que o espectador de um filme não será considerado como tendo tomado de aluguer a obra, mas antes como sendo beneficiário da prestação de um serviço? Vejamos.

Parece que o explorador da sala de cinema não se obriga apenas a prestar um determinado serviço, mas antes a proporcionar o gozo da coisa aos espectadores que para o efeito adquirem o bilhete. O proporcionar deste gozo faz-se mediante a prestação de um serviço. Mas a obra cinematográfica não é um serviço. Considera o Prof. Oliveira Ascensão a propósito da utilização de programas de computador: “O programa em si não é seguramente um serviço; tal como um contrato de autorização de uso de um programa não é um contrato de prestação de serviços. Pode vir associado à prestação de serviços, mas isso não transforma o programa num serviço. [...] O que é então? Não podemos deixar de partir da qualificação do direito sobre o programa de computador como um direito de autor, porque nos é imposta. / O objecto do direito de autor é uma coisa incorpórea. Mas a coisa incorpórea em si não é susceptível de disposição. Os contratos de direito de autor (salvo os de transmissão do próprio direito de autor em si) são sempre contratos de licença de certas modalidades de utilização de bens incorpóreos”. (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 356). Ora, pensamos que estas considerações deverão valer, *mutatis mutandis*, também neste domínio. O que o espectador pretende é que lhe seja proporcionado o gozo da obra. Pelo que não vemos razões para afastar a possibilidade da locação e do comodato como regimes de ordenação destas relações negociais. Assim é, aliás, sem dúvida alguma, quando alguém toma de aluguer uma cassette de vídeo num clube de vídeo. O fim do contrato não é alugar uma cassette de vídeo, que de per si só serviria, quanto muito para fazer gravações, mas antes proporcionar o gozo da obra reproduzida na cassette. Acresce que, no caso da sala de cinema, a pessoa que explora a obra mediante exibição pública, para além de praticar um acto de comunicação ao público em face do titular dos direitos de exploração, estabelece uma relação com cada um dos espectadores no sentido de se obrigar a proporcionar-lhes o gozo da obra. Por outras palavras, ele adquire junto do titular de direitos o poder de comunicar ao público a obra mediante exibição cinematográfica para desse modo poder proporcionar aos espectadores o gozo da obra. O fim da licença de exibição cinematográfica é justamente o proporcionar aos espectadores o gozo da coisa mediante comunicação pública da obra. Sendo que, a nosso ver, assistirá ao espectador o direito de se opor a actos de terceiros que perturbem o gozo da coisa. Assim, por ex., se o senhor A impede o senhor B de ver e ouvir o filme no local correspondente ao seu bilhete, então o senhor B poderá exigir do senhor A que não pratique tais actos. Não se tratará de uma mera obrigação de cortesia, mas antes do exercício de um direito subjectivo, que cremos ser um direito pessoal de gozo. Será por isso necessário distinguir a actividade

comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor no domínio da propriedade intelectual, considerando-se que “o aluguer e o comodato de bases de dados do domínio do direito de autor e direitos conexos se regem exclusivamente pela Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual” (987).

Assim, os direitos de autor relativos a bases de dados incluem o direito

de aluguer ou de comunicação ao público, que relevam enquanto formas de intermediação ou, em sentido amplo, distribuição da obra, da relação que o utilizador final com estes distribuidores estabelece, e que, a nosso ver, tem por objecto também a utilização da obra. Isto significa também que, em certos casos, o público tem o direito de utilizar a obra, mesmo contra determinação do titular dos direitos. Trata-se dos casos em que esse direito é concedido por lei, e que se traduzem em servidões em nome do interesse geral. Assim é, nomeadamente, para fins de informação, educação, investigação científica ou, em certos termos, arquivo. De igual modo, a utilização privada da obra está subtraída ao poder do titular de direitos, a menos que não seja legal ou negocialmente titulada. Em suma, o título de acesso, se por um lado pode ser controlado pelo titular de direitos, por outro pode também ser-lhe imposto por determinação legal.

Ora, os esclarecimentos da directiva têm em vista justamente regular a prática de certos actos em relação à obra. Por um lado, o acto de aluguer, considerando que a licença para fins de exibição não é um aluguer *stricto sensu*, embora isso não signifique que a relação estabelecida com o utilizador final não possa ser uma forma de locação. Por outro, o acto de comodato, com o importante efeito de, por interpretação *a contrario*, subtrair ao poder do titular de direitos o controlo do comodato privado entre pessoas que não estejam ligadas sequer por uma relação familiar ou análoga, como é critério da comunicação privada. E refira-se a este propósito que a noção de comodato “não inclui a colocação à disposição entre estabelecimentos acessíveis ao público” (cons. 13, *in fine*), acrescentando que, “no caso de o comodato por um estabelecimento acessível ao público dar lugar a um pagamento de um montante não superior ao necessário para cobrir os custos de financiamento do mesmo, não existem benefícios económicos ou comerciais, directos ou indirectos” (cons. 14). Trata-se de dois esclarecimentos que explicitam a noção de comodato. Há dois grupos de casos que, porém, carecem de explicitação: a colocação à disposição entre estabelecimentos não acessíveis ao público, e a colocação à disposição para consulta no local. A primeira reforça a delimitação do comodato público no sentido de dele excluir o comodato privado, o qual poderá ser praticado fora de um meio familiar, na medida em que se prevê tratar-se de estabelecimentos, ainda que não acessíveis ao público. Os AA. dão como exemplo o empréstimo entre bibliotecas (Reinbothe/Lewinski, *Directive on Rental and Lending*, p. 37-8). Todavia, dever-se-á tratar de bibliotecas não acessíveis ao público, mas apenas restritas a um grupo de utilizadores ligados a esse estabelecimento. No outro caso, trata-se da colocação à disposição para consulta no local. Parece considerar-se

de autorizar ou proibir o aluguer e comodato de originais e cópias dessas bases, que se esgota com a venda ou qualquer acto de distribuição desses originais ou cópias; sendo que a definição dos actos de aluguer e comodato é harmonizada a nível comunitário: o aluguer consiste na colocação à disposição para utilização, durante um período de tempo limitado e com benefícios comerciais directos ou indirectos; o comodato consiste na colocação à disposição para utilização, durante um período de tempo limitado, sem benefícios económicos ou comerciais, directos ou indirectos, se for efectuada através de estabelecimentos acessíveis ao público ⁽⁹⁸⁸⁾.

Acresce que o legislador comunitário concedeu a possibilidade aos Estados-membros de derogarem o direito exclusivo para os comodatos públicos, na medida em que os autores auferam remunerações por conta de tais comodatos, podendo os Estados-membros determinar livremente tal remuneração tendo em conta os seus objectivos de cultura. Relativamente aos programas, filmes e programas de computadores, deveriam os Estados-membros introduzir uma remuneração, pelo menos, para os autores, no caso de não aplicarem o direito exclusivo de comodato. Em ambos os casos, os Estados-membros eram livres de isentar determinadas categorias de estabelecimentos do pagamento dessas remunerações ⁽⁹⁸⁹⁾.

Não obstante, a não consideração da transmissão digital interactiva como acto de distribuição, *maxime* como um acto de aluguer ou comodato, tem a consequência de os Estados-membros não poderem derogar o direito de exclusivo, como de outro modo sucederia, determinando livremente a remuneração devida segundo os seus objectivos de cultura. Além disso, outras questões se levantam, como sejam as que respeitam a certos actos (por ex., empréstimo entre bibliotecas, consulta no local) no contexto digital. Na verdade, se antes eram excluídos da noção de comodato, agora parecem ser todos integrados nessa categoria do direito de comunicação ao público, pois que a sua consideração como actos de comunicação privada escapa ao meio familiar em que esta categoria se analisa.

não haver um acto de comodato, porque não há desapossamento da cópia material que reproduz a obra. De novo, embora esse acto não seja praticado em privado num círculo familiar, é um acto excluído da noção de comodato, parecendo enquanto tal não ser relevante do prisma do direito de autor. Mas não é assim. Esta delimitação significa que é subtraído ao exclusivo do titular de direitos o poder de impedir esse acto ou sequer de exigir uma remuneração por ele. Mas tem o utilizador final o direito de exigir livremente a consulta da obra nessas circunstâncias, sem lhe ser exigível qualquer remuneração a título de direitos de autor. Sobre a Directiva Aluguer e Comodato, v. Compte, RIDA 1993,

Isto remete-nos para o problema dos limites e excepções aos direitos exclusivos, em ordem a saber em que termos é que o legislador comunitário delimitou negativamente o conteúdo dos direitos exclusivos relativamente aos programas de computador e às bases de dados, bem como os termos em que propõe agora a sua harmonização geral no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede.

§ 49. EXCEPÇÕES, LIMITES E ARQUIVOS DIGITAIS

1. Para além de ter caracterizado positivamente o conteúdo patrimonial dos direitos de autor relativos aos programas de computador e às bases de dados — definindo-os como direitos exclusivos de fazer ou autorizar determinados tipos de actos como a reprodução, a “derivação”, a distribuição e, ainda, para as bases de dados, a comunicação ao público —, o legislador comunitário delimitou, ainda, negativamente estes direitos, consagrando determinados limites e excepções aos direitos exclusivos, que define em termos exaustivos, para além de outras limitações já tratadas, como sejam a reprodução técnica e o esgotamento do direito distribuição.

Em matéria de programas de computador, as excepções são justificadas, quer pela protecção do utente legítimo, garantindo-lhe determinadas faculdades mínimas de utilização, quer pela promoção da livre e leal concorrência. São aquelas faculdades ou direitos mínimos que integram imperativamente toda e qualquer licença de utilização concedida pelo titular dos direitos sobre o programa, designadamente: 1.^a as acções de carregamento e funcionamento necessárias à utilização de uma cópia do programa, bem como a acção de correcção dos respectivos erros; 2.^a a execução de uma cópia de apoio na medida em tal seja necessário para a sua utilização; 3.^a os actos necessários de observação, estudo ou teste do funcionamento do programa; 4.^a em termos restritos, a descompilação do programa para fins de interoperabilidade, que analisaremos autonomamente. Estas faculdades ou direitos integram imperativamente o âmbito mínimo de qualquer licença de utilização concedida pelo titular dos direitos relativamente ao programa, uma vez que quaisquer

p. 3; Reinbothe/Lewinski, Ent LR 1993, p. 169; Lehmann, CR 1994, p. 271 s.; Lewinski, *Rental Directive*, p. 203; Calvo Cabello, *El préstamo público*, p. 221 s.; Moscoso del Prado, *Derechos de alquiler y préstamo*, p. 239 s.; Rogel Vide, *Los derechos de alquiler y préstamo*, p. 61 s.

disposições contratuais contrárias são "consideradas nulas" ⁽⁹⁹⁰⁾.

Os termos em que são definidas as faculdades de utilização do titular da licença foram justamente caracterizados como delas resultante “um «direito de autor» perante o qual o próprio uso da obra para as finalidades internas do usuário passa a ficar na dependência do titular do direito. / Mas realizada esta inversão, verifica-se que se foi longe demais. Há certas faculdades que não podem deixar de ser permitidas genericamente ao utilizador, pois doutra maneira criava-se uma escravidão deste em relação ao titular dos direitos. Assim aconteceria por exemplo se a correcção de erros do programa estivesse também dependente do consentimento do titular. / Perante isto, a directriz libera algumas actividades, em termos aliás extremamente restritos. Mas fá-lo como excepção à soberania do titular do programa. Em princípio tudo é proibido, mesmo o uso privado. Mas excepcionalmente, admitem-se certos actos do utilizador, indispensáveis para que este possa atingir os objectivos normais prosseguidos com o direito de utilização que lhe foi outorgado. / A directriz vai assim debater-se com uma problemática a que o direito de autor em geral é completamente estranho: com a especificação dos actos de uso privado admissíveis. Especificação extremamente difícil e susceptível de causar os maiores problemas. / Quer dizer: as faculdades apontadas não aparecem como um exercício normal da liberdade do utilizador. Só surge *como excepção à excepção*; como excepção à proibição excepcional do uso privado. Como tal são restritamente demarcadas” ⁽⁹⁹¹⁾. Veremos que esta lógica está também presente da directiva bases de dados.

2. Assim, o art. 5.º, 1, DPC, contém uma norma dispositiva: “salvo disposições contratuais em contrário, os actos previstos nas als. *a)* e *b)* do art. 4.º não se encontram sujeitos à autorização do titular sempre que sejam

⁽⁹⁸⁹⁾ Art. 5.º, 1 a 3, DAC. Entre nós, o legislador — para além de ter acrescentado uma noção de venda às de aluguer e comodato, definindo-a como “o acto de colocar à disposição do público, para utilização, o original ou cópias da obra, sem limite de tempo e com benefícios comerciais directos ou indirectos” — dispôs que os direitos de aluguer e de comodato não se esgotam com a venda ou qualquer outro acto de distribuição do original ou de cópias da obra, consagrando em benefício do autor o direito a remuneração no caso de comodato público do original ou cópias da obra, por cujo pagamento é responsável o proprietário do estabelecimento que os coloca à disposição; porém, estão isentas dessa remuneração as bibliotecas públicas, escolares, universitárias, museus, arquivos públicos, fundações públicas e instituições privadas sem fins lucrativos (arts. 3.º, 4.º e 6.º Decreto-Lei n.º 332/97, 27-11). Trata-se, a nosso ver, de uma solução inteiramente de

aplaudir, devendo esta orientação presidir à reconhecida necessidade de revisão do Código.

⁽⁹⁹⁰⁾ Art. 9.º, 1, 2.ª parte, DPC. Na doutrina sustenta-se, porém, que, ao invés da nulidade, poder-se-ia optar pela ineficácia ou pela inexistência de tais cláusulas “permitindo a subsistência do contrato liberto da cláusula anómala” (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 346).

⁽⁹⁹¹⁾ Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 344.

⁽⁹⁹²⁾ O termo “adquirente” terá resultado de de um erro editorial, tratando-se antes da pessoa com direito de utilizar o programa (v. Wiebe CL&P 1993, p. 85, n. 69; Vivant, JCP 1994, p. 436).

⁽⁹⁹³⁾ Cons. 17. Diz-se a este propósito que “o carregamento e o funcionamento do programa são implicitamente permitidos se o direito de usar o programa tiver sido adquirido.” (Czarnota/Hart, *Legal Protection*, p. 57).

⁽⁹⁹⁴⁾ Cfr. Lehmann, NJW 1991, p. 2114; Singleton, CL&P 1993, p. 52 s.

⁽⁹⁹⁵⁾ Ao considerar que a cópia pode ser vendida, o legislador comunitário parece ter proposto uma solução para o problema da qualificação jurídica das chamadas “licenças de utilização de suporte lógico”. Trata-se de uma questão muito debatida, que não é pacificamente admitida entre nós, sustentando-se que “os contratos de utilização do *software* não são em si contratos de venda, nem contratos de prestação de serviços, mas *contratos de licença*” (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 356). Concordamos com a caracterização desta figura como contratos de licença, embora admitamos que o título de licença de utilização de uma cópia de um programa de computador possa ser, verificados certos requisitos, objecto de compra venda (v. *Contratos de ‘software’*, p. 172 s.). A favor desta qualificação poder-se-á invocar, recentemente, o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 332/97, 27-11, que define a venda, para efeitos do art. 68.º, 2-f, CDADC (que prevê a venda como uma forma de distribuição, juntamente com o aluguer e o comodato), como “o acto de colocar à disposição do público, para utilização, o original ou cópias da obra, sem limite de tempo e com benefícios comerciais directos ou indirectos”. Na verdade, se esta forma de distribuição consiste numa venda, então parece que o acto de aquisição da cópia para efeitos de utilização nessas condições será uma compra e venda, ainda que se possa denominar licença de utilização. Esta é o título de utilização da obra reproduzida na cópia, cuja aquisição poderá revestir uma forma de compra e venda. Isto significa, ainda, que poderá tratar-se de formas contratuais não apenas social mas também legalmente típicas, sendo que, são “contratos típicos ou nominados os que [...], além de possuírem um nome próprio (*nomen iuris*), que os distingue dos demais, constituem objecto de regulamentação específica.” (Antunes Varela, *Das Obrigações*, I, p. 276; v. também, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, p. 198 s.; sobre a distinção entre tipicidade social e legal, v. Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, p. 94; e mais recentemente, Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, p. 59, 207 s.).

O problema é, todavia, complexo, sendo objecto de intenso debate na doutrina. Como ponto de partida, deve entender-se que a determinação do conjunto de critérios de regulamentação — a chamada “qualificação jurídica” — a que seja de sujeitar uma particular licença de utilização de suporte lógico dependerá das exigências colocadas pelas partes na estipulação do respectivo conteúdo, de acordo com o princípio da liberdade contratual (art. 405.º CCiv). Assim, não se deverá prejudicar a assimilação desta constelação

de licenças a um determinado tipo contratual, porquanto, como diz Bergmans, “é a vontade das partes que determina a ‘natureza jurídica’ à qual o juiz dará uma qualificação típica se reunir os elementos essenciais de um contrato típico. [...] Não se pode esquecer a liberdade de as partes concluírem um contrato de objecto misto, complexo ou *sui generis*” (Bergmans, DIT 3/1987, p. 164, notando ainda que: “La spécificité des contrats en matière informatique et télématique ne réside donc pas dans leur nature, mais dans les modalités originales dues à l’immatérialité de l’objet auquel ils s’appliquent” — p. 165). Isto significa, portanto, que interessa apurar, em primeira linha, independentemente da denominação que a *praxis* atribua a estes contratos, os elementos negociais “com virtualidade informadora típica” (Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura*, p. 667, n. 356).

No direito comparado, *maxime* nos países de *Civil Law* que conosco comungam da tradição românico-germânica, encontramos diversas orientações, as quais nem sempre coincidem com o entendimento proposto pelo legislador comunitário. Começando pelo direito alemão, a experiência deste país caracteriza-se por uma evolução da jurisprudência, na qual se podem distinguir duas fases. Na primeira fase, o BGH considerou, na decisão de 4 de Novembro de 1987 que a licença de utilização de um programa era susceptível de ser regida pela aplicação analógica dos critérios prescritos no BGB para a “Sachkauf” (§ § 433 *et seq.*, *maxime* as prescrições dos vícios e defeitos: § 459 *et seq.* BGB) na medida em que se verificassem, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) ter como objecto *standardsoftware* “tal e qual”, não adaptado (“vorgefertigte Standardsoftware”); (b) terem as partes acordado um preço a pagar de uma só vez (“Vereinbarung eines einmaligen Entgeltes”); (c) tratar-se de uma “cessão” sem duração ou indeterminada (“Überlassung auf Dauer”); (d) e de livre disposição (“Überlassung ‘zu freier Verfügung’”). Em síntese, tratar-se-ia de um “Kaufvertrag, wenn vorgefertigte Standardsoftware dem Erweber gegen einmaliges Entgelt auf Dauer zur freien Verfügung überlassen wird” (Moritz, CR 1994, p. 260). Este entendimento era ainda sustentado com base no argumento segundo o qual, versava o contrato, de algum modo, sobre uma coisa corpórea móvel (§ 90 BGB), uma vez que a *Softwareüberlassung*, nas palavras do BGH, teria por objecto “ein Datenträger mit dem darin verkörperten Programm, also eine körperliche Sache” (v. BGH, NJW 1988, p. 408). E, era com fundamento neste argumento que uma certa orientação doutrinal, preconizada, nomeadamente, por Thomas Hoeren, entendia que a “unbefristete Überlassung von Standardsoftware”, no seu “Standardfall” (ou seja, quando o utilizador adquire um programa fixado em disquete ou banda magnética, para uso no seu computador pessoal, através de um contrato, no qual acorda com o fornecedor o pagamento de um preço único), se deveria qualificar, nos termos do § 433 I 1 BGB, como “Sachkauf”. E assim seria, porque o “Standardsoftware” revestia natureza jurídica de coisa corpórea móvel (§ 90 BGB), em função da “einheit von Datenträger und Programm”, tal como, por exemplo, os livros, os discos, as cassetes de vídeo; e porquanto, na linha de certo entendimento doutrinal, o carregamento do programa não constituía reprodução relevante nos termos do § 16 I UrhG, não se traduzindo, assim, os “Überlassungsverträge” na concessão “eines einfaches Nutzungsrechts gem. 31, 32 UrhG”, mas antes na transferência da propriedade sobre uma coisa corpórea, e, nessa medida, como “Sachkauf” (Hoeren, *Softwareüberlassung als Sachkauf*, p. 22, 30, 36; v., ainda, Koch/Schnupp, *Software-Recht*, p. 250 s.).

Porém, o BGH pronunciava-se noutro sentido, com o apoio da doutrina dominante

(v. Mehrings, NJW 1986, p. 1905; Schneider, *EDV-Rechts*, p. 211 s.; Braun/Jöckel/Schade, *Computer-Kaufverträge*, p. 125-6; Lehmann, CR 1992, p. 327; Malzer, *Der Softwarevertrag*, p. 34 s.; Bartsh, CR 1992, p. 393; Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 718, n. 33, p. 722; Pres, CR 1994, p. 520 s., *Softwarelizenzverträge*, p. 170 s.; Zahrnt, CR 1994, p. 456 s.). Com efeito, apenas admitia a *aplicação analógica* dos critérios prescritos para a “Sachkauf” uma vez verificados, no caso concreto, cumulativamente, os requisitos mencionados. Entendia o BGH que o contrato versava, em primeira linha, sobre o programa, isto é, sobre uma coisa incorpórea, conferindo ao “Benutzer” apenas um direito de uso de uma sua cópia. Ora, em função do conceito de “Sach” (coisa corpórea) que informa o BGB, a aplicação deste não seria possível senão por via analógica. O contrato de “Softwareüberlassung” seria regulado como “Kaufähnlicher Vertrag” (§§ 433 *et seq.* BGB) se se verificassem, no caso concreto, os requisitos mencionados: programa *standard* “tal e qual”; pagamento de preço único; utilização de duração ilimitada; e livre disposição. Porém, na medida em que o direito de utilização fosse concedido pelo titular dos “Verwertungsrechte”, de acordo com o § 32 UrhG, com limites espaciais, temporais ou de conteúdo, o contrato seria reconduzido a um “Mietähnlicher Vertrag” (§§ 581 *et seq.* BGB), porquanto, segundo a vontade das partes, estar-se-ia já não perante uma “Austaschverhältnis”, mas antes uma “Dauerschulverhältnis”.

Posteriormente, o BGH viria a refinar o seu critério, na decisão de 18 de Outubro de 1989, eliminando o requisito “zu freier Vergütung”, firmando o critério jurisprudencial segundo o qual, na síntese de Hans-Werner Moritz: “die Überlassung von Standardsoftware auf unbegrenzte Zeit gegen einmaliges Entgelt dem Vertragstypus des Kaufvertrags unterfällt” (Moritz, CR 1994, p. 261). De igual modo, o entendimento doutrinal dominante defendia a recondução ao tipo “Kaufvertrag” do contrato de “Softwareüberlassung” pelo qual se transacciona definitivamente (“Transaktion endgültig”; “Überlassung auf Dauer”) uma cópia de um programa “zur Nutzung”, sendo, nessa medida, aplicáveis analogicamente, os §§ 433 *et seq.* BGB, e os §§ 377, 378 HGB; se, pelo contrário, se se tratasse da concessão temporária de um direito de uso (“befristetes Nutzungsrecht”; “Überlassung auf Zeit”), estar-se-ia perante um “Lizenzvertrag” em sentido estrito, regulado pelos critérios da locação constantes dos §§ 535 *et seq.* BGB (v. Junker, JZ 1989, p. 320; Koch/Schnupp, *Software-Recht*, p. 257, 260; Ruppelt, *Die Überlassung von Computerprogrammen*, p. 22 s.; Pagenberg/Geissler, *Lizenzverträge*, p. 530 s., 599; Lehmann, NJW 1993, p. 1825; Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 720 s.; Malzer, *Der Softwarevertrag*, p. 234; Schneider, *EDV-Rechts*, p. 211 s.; Pres, CR 1994, p. 520 s., *Softwarelizenzverträge*, p. 234-5; Zahrnt, CR 1994, p. 456 s.; Voss, CR 1994, p. 450). Neste último caso, a delimitação do âmbito da autorização de utilização (“bestimmungsgemäßen Benutzung”) seria orientada, em primeira linha, pelo interesse de participação do titular dos direitos, no sentido da licitude das cláusulas que proibam acções susceptíveis de afectarem as suas possibilidades de exploração, como por ex., as chamadas cláusulas CPU, “floating”, “field of use” (v., por ex., Lehmann, NJW 1993, p. 1825; Pres, CR 1994, p. 524). Em qualquer caso, ao utente legítimo seriam garantidos, como “Mindesrechte”, as faculdades de carregamento e de funcionamento, a correcção de erros, a execução de uma cópia de apoio, os testes, a descompilação nos limites do § 69e UrhG, bem como as adaptações do programa que fossem necessárias de acordo com a utilização definida, e, na sua ausência, com o *Zweckübertragungsgrundsatz* (cfr. Haberstumpf,

GRUR Int. 1992, p. 718). Para além destes limites endógenos, o titular dos direitos depararia, ainda, com certos limites exógenos impostos na limitação do âmbito da autorização de utilização segundo os §§ 31 *et seq.* e § 69d UrhG. Com efeito, o princípio da especialidade ou cindibilidade (“Prinzip der Aufspalbarkeit”) dos direitos de exploração encontrar-se-ia limitado pelo interesse geral da protecção do tráfego jurídico e pelo princípio da liberdade da concorrência. Assim, as estipulações contratuais encontrar-se-iam sujeitas ao controlo previsto pelo “AGB-Gesetz” e pelo “Kartellrecht”, considerando-se, nomeadamente, como contrária ao § 9 II AGB-Gesetz a “Formularklauseln”, e contrária aos §§ 15, 18 GWB a “Individualvertragliche”, que proibisse a alienação, onerosa ou gratuita, da cópia de um programa que tivesse sido objecto de “compra”, porquanto esta transacção teria esgotado (“Erschöpfungsgrundsatz”) o direito de distribuição dessa mesma cópia; no entanto, tal estipulação já não seria inválida se a cópia do programa fosse objecto de um contrato de licença de uso temporário (v. Lehmann, NJW 1993, p. 1825-6; Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 722; Pres, CR 1994, p. 524).

No horizonte jurídico latino, a constelação de licenças de utilização de suporte lógico tem sido considerada, pela maioria dos autores franceses, como uma mera “cession de droit d’usage”. Nessa medida, o “contrat de licence d’utilization de logiciel” qualificar-se-ia como *louage* de bem incorpóreo, mesmo que o respectivo suporte tivesse sido objecto de um contrato de compra e venda, porque tal não implicaria a transmissão ou *cession* de direitos de autor sobre o programa (v. Vivant, *Lamy droit informatique*, n.º 214; Schamming, *Le droit du logiciel*, p. 202, 233 s.; Huet/Maisl, *Droit de l’informatique*, p. 444; Viricel, *Le droit des contrats en informatique*, p. 118, n. 405). De notar que, não sendo o programa protegido pelo *droit d’auteur* estar-se-ia perante um contrato de *communication de savoir-faire*, regulado enquanto espécie do *contrat d’entreprise* (v. Vivant, *Lamy droit informatique*, n.º 216; Schamming, *Le droit du logiciel*, p. 236 s.; Viricel, *Le droit des contrats en informatique*, p. 162, n. 592). Assim, nomeadamente, num contrato de *prologiciel* “tear-me-open” dever-se-ia distinguir, por um lado, o contrato de concessão de licença de utilização entre o titular dos direitos e o utilizador (locação), e, por outro lado, o contrato de transferência da propriedade (compra e venda) do *paquet* celebrado entre o distribuidor e o utilizador (v. Vivant, *Le contrat dit de tear-me-open*, p. 100). Porém, alguns autores entendem que o *prologiciel* seria susceptível de ser considerado como incorporado no suporte, não sendo o programa mais do que uma mera qualidade da coisa corpórea que lhe serve de suporte (v. Pouillet, *Contrats de logiciels*, p. 340-1). Assim, o contrato oneroso entre o fornecedor e o utilizador teria por objecto uma coisa corpórea, qualificando-se como contrato de compra e venda ou como contrato de locação consoante transmita a propriedade (“droit réel”) ou conceda o gozo dessa coisa (“droit personnel”). No entanto, o utilizador apenas poderia fazer uso do exemplar (reconduzido à coisa corpórea ou suporte material de fixação do programa, que mais não seria do que uma qualidade daquela), “dans la limite que lui assigne le monopole”, no exercício do “*droit de destination*” (Gaudrat, DIT 2/1986, p. 62, 64, 67). Por outro lado, numa outra orientação considera-se que “la qualification de vente [...] est erronée et qui donne lieu en fait à la concession de droit à usage”, e recusa-se também a assimilação do *contrat de prologiciel* à locação, propondo a sua caracterização como “*contrat sui generis*” (Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 80, p. 11).

No direito italiano, o contrato de “licenza d’uso de software” aparece caracterizado pela maioria dos autores como “concessione in godimento”, no quadro das “concessioni di diritti di utilizzazione di opere dell’ingegno”, sendo, nessa medida, reconduzido, na sistemática do *codice civile*, ao tipo contratual da *locazione* (v. Cerina, DII 1994, p. 413 s.; Lanzillo, Rosselo, in Alpa (a cura), *Contratti di utilizzazione*, p. 52, 107-8, n. 46; Finocchiaro, CI 1991, p. 1118). Numa outra perspectiva, alguns autores não excluem, porém, a possibilidade de tratar como *vendita* a aquisição de “software standard”, especialmente quando se trate de uma licença de utilização de duração indeterminada (v. Sbisà, in Alpa (a cura), *Contratti di utilizzazione*, p. 32-3; Ristuccia/Zeno-Zencovich, DII 1994, p. 249).

A complexidade do problema aumenta nos casos de aquisição de *software* mediante transmissão electrónica entre sistemas informáticos. Com efeito, nos casos em que a concessão da utilização de uma cópia de um programa não seja acompanhada de uma coisa corpórea tradicional (por ex., disco digital) a servir-lhe de suporte material alguns autores consideram que não obstante isso será irrelevante para a qualificação do negócio. Primeiro, porque o fornecimento de um suporte material não seria essencial nem sequer necessário (Zahrnt, CR 1994, p. 457: “Die Lieferung eines Datenträgers ist zwar nicht essentiell und nicht einmal nötig.”). Assim será justamente no grupo de casos de “Telesoftwareerwerb” em que a cópia do programa é fornecida mediante transferência electrónica (a chamada “Datenfernübertragung — DfÜ”, que se oferece, designadamente, nas modalidades de “Mailbox” ou de “Bildschirmtext — Btx-Netz”). Com efeito, nas palavras de Cerina, “il supporto materiale nei contratti aventi ad oggetto il *software* è irrelevante, come criterio di distinzione di figure contrattuali all’interno di un rapporto, in quanto lo stesso può anche mancare del tutto: si pensi infatti al *software* fornito via *modem*”; os programas de computador são bens imateriais ou coisas incorpóreas, e não deixariam de o ser pelo facto de se encontrarem “incorporados” num suporte material, sendo este apenas um instrumento fungível e dispensável da circulação daquele, oferecendo-se, nessa medida, como “del tutto influente nell’economia dei rapporti contrattuali” (Cerina, DII 1994, p. 417-8; v., ainda, Hoeren, *Softwareüberlassung*, p. 133; Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 144, e, NJW-CoR 1994, p. 164; Heinrich, JZ 1994, p. 938). Assim, não seria em função da natureza jurídica da coisa que constitui objecto destes contratos que se apuraria a sua qualificação jurídica, porquanto essa seria sempre e invariavelmente a mesma, quer a cópia seja transaccionada com ou sem um exemplar corpóreo. Como refere um autor alemão: “Ein Computerprogramm ist als ein immaterielles Gut zu betrachten. [...] Eine Trennung von Inhalt und Medium ist bei einem Datenträger nicht nur möglich, sondern sogar beabsichtigt. Der Schwerpunkt des Leistungsaustausches liegt auf dem materiellen Inhalt, dem Computerprogramm”. (Pres, CR 1994, p. 520).

O problema da natureza incorpórea do *software* repõe-se, aliás, num domínio relacionado, que não poderemos tratar aqui em termos exaustivos. Todavia, será importante notar que discute-se se o *software* pode ser qualificado como produto para efeitos do regime da responsabilidade objectiva do produtor, instituído, entre nós, pelo Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro (LRP), que transpôs a Directiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. Se for de responder afirmativamente ao problema, então, têm-se por não escritas

as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade do produtor perante o lesado, por força da inderrogabilidade da responsabilidade do produtor prescrita pelo art. 10.º LRP: tais cláusulas deverão ser consideradas como “ineficazes para com a vítima” (Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, p. 739). E assim será, quer sejam apostas em contratos de adesão, quer em contratos negociados, uma vez que trata-se de um “desvio” ao “regime geral” decorrente de “razões de ordem pública”, a saber “por necessidades sociais de tutela do consumidor” (Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, p. 257, n. 538). Ora, nos termos do art. 3.º, 1, LRP, por produto entende-se “qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel”. Contra a assimilação dos programas a esta noção de produto (entendido enquanto ‘bewegliche Sache’, ou seja, coisa corpórea móvel), invoca certa orientação doutrinal a natureza incorpórea dos programas de computador (Westphalen, NJW 1990, p. 97: “Software sei kein ‘körperlicher Gegenstand’, also keine Sache §90 BGB, sondern verkörpere nur eine geistige Leistung”; v., ainda, Moritz, CR 1994, p. 263). A favor, porém, da subsunção dos programas de computador à noção de produto, uma outra corrente doutrinal, caracterizando o *software* como *instrumentum* (ao nível do código-objecto), que tem por função produzir impulsos eléctricos, sendo, nessa medida, um fenómeno magnético equiparável às “energie naturali aventi valore economico” (Zaccaria, CI 1993, p. 303), não excluídas da noção de produto (art. 2.º, *in fine*, Directiva Produtos Defeituosos, v. Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, p. 608-9), conclui que: “Software als *Produkt* dem Produkthaftungsgesetz unterliegt [...]” (Lehmann, NJW 1992, p. 1724; v., ainda, König, NJW 1989, p. 2604 s.; Triaille, DII 1990, p. 728; Zaccaria, CI 1993, p. 299 s.; Finocchiaro, CI 1991, p. 1123, e CI 1992, p. 336-7; Günther, CR 1993, p. 544; Anderson, ApCCL 10/1992, p. 4-5). E se assim fosse, o mesmo deveria valer para o *software individual* e o *software standard* (v. Kullmann, ERPL 1994, p. 215; Zaccaria, CI 1993, p. 303 s.; Lehmann, NJW 1992, p. 1724). Neste sentido se pronuncia, mais recentemente, Taeger, em face da lei alemã, considerando que “um programa de computador é em qualquer forma, integrado num dispositivo electrónico ou isolado, quer como programa *standard* de aplicação ou como programa individual de aplicação, entregue num suporte de dados ou transmitido em linha, um produto no sentido da lei da responsabilidade do produtor (*Produkthaftungsgesetz*)”. (Taeger, *Außervertragliche Haftung*, p. 169, com mais referências concordantes). Porém, entre nós, contra a aplicação do regime da responsabilidade civil do produtor ao *software individual* o Prof. Calvão da Silva sustenta que neste caso se justifica “mais um tratamento análogo ao das prestações de serviços (responsabilidade profissional), apesar de corporizadas num suporte material” (Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, p. 613-4, n. 3, convocando vária doutrina nesse sentido).

Estamos perante mais um caso em que os problemas se suscitam em virtude da especial natureza do *software*, sendo nossa opinião que o ponto é “extremamente delicado, afigurando-se algo problemática aquela equiparação, uma vez que os programas de computador são puras coisas incorpóreas, não variando a sua natureza consoante os suportes materiais que sejam utilizados para a sua comercialização.” (*Contratos de ‘software’*, p. 188). É, portanto, problemático que os programas de computador, enquanto tais, integrem a noção de produto. Nas palavras do Prof. Calvão da Silva: “A definição de produto, contida no art. 3.º, abrange os *suportes materiais* em que a obra intelectual se

necessários para a utilização do programa de computador pelo seu adquirente legítimo de acordo com o fim a que esse programa se destina, bem como para a correcção de erros” (992). No entanto, se bem que se trate de uma norma dispositiva, não podem em qualquer caso ser proibidas por contrato as acções de carregamento e de funcionamento necessárias à utilização legítima de uma cópia de um programa (legalmente “adquirida”), incluindo as acções de correcção dos respectivos erros.

Estas acções constituem (juntamente com o disposto nos arts. 5.º, 2 e 3, e 6.º DPC) o âmbito mínimo de qualquer autorização de utilização de uma cópia de um programa de computador; mínimo esse justificado de forma a

materializa, fixa e comunica, pois são coisas móveis corpóreas, embora inconfundíveis com a obra intelectual em si — bem imaterial” (Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, p. 613). Ora, os programas de computador são coisas incorpóreas como é entendimento pacífico (v. Oliveira Ascensão, ROA 1990, p. 76; Romano Martinez, *Cumprimento defeituoso*, p. 229; Hörster, *A parte geral*, p. 183), não variando a sua natureza consoante os suportes materiais que sejam utilizados para a sua comercialização. Com efeito, como refere Kullmann: “Das Computerprogramm selbst ist zwar eine rein geistige Leistung” (Kullmann, ERPL 1994, p. 223-4). E não o deixam de ser pelo facto de a sua comercialização se processar, normalmente, mas não necessariamente, através do “Datenträger” em que se corporiza cada exemplar produzido (disquete, banda magnética, microchip, etc). Este, o *corpus mechanicum*, o suporte material da cópia comercializada, é que constitui uma coisa móvel (“bewegliche Sache”), ou seja, o produto por cujos defeitos será responsável, nos termos da LRP, o respectivo produtor.

Refira-se, ainda, que idênticas considerações valem, *mutatis mutandis*, para o problema de saber em que medida entram os programas de computador e a comercialização das respectivas cópias no âmbito de aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias [sobre o ponto: em sentido favorável, Cerina, DII 1994, p. 405 s.; Primak, CLJ 1991, p. 197 s.; em sentido favorável no caso de *software standard*, Hoeren, Endler/Daub, CR 1993, p. 129 s., p. 601 s.; contra, Moritz, CR 1994, p. 263; na decisão de 4-11-1987 o BGB considerou tratar-se de compra e venda de mercadoria o caso de *software* comercializado com suporte de dados, por entender que, do Art. 7 da Convenção decorre que esta deve ser interpretada segundo o seu carácter internacional, havendo consenso internacional quanto a essa interpretação, como aliás a jurisprudência estadunidense viria a julgar também na decisão *Advent Systems Ltd. v. Unisys* (US Court of Appeals, 1991) em conformidade com a definição de mercadoria do *Uniform Commercial Code*, ou seja, que é mercadoria o suporte de dados que carrega o *software*: cfr. Brandi-Dohrn, *Gewährleistung*, p. 5-6].

(996) Cons. 17, *in fine*, DPC. A referência ao fim de destinação parece consagrar o princípio da “cedência funcional”, entre nós explicitado pelo Prof. Oliveira Ascensão no sentido de que, por um lado, “o negócio autoriza, salvo cláusula em contrário, todos os actos que sejam necessários para a obtenção daquela finalidade”, e, por outro, “o negócio

permitir a *reprodução tecnicamente necessária* à respectiva utilização por quem se encontra, para o efeito, devidamente autorizado ⁽⁹⁹³⁾. Respeitado esse *licere* mínimo, e nos limites da lei, a autorização pode conter certas estipulações específicas restritivas do âmbito da utilização (as chamadas cláusulas CPU, limitando a utilização do programa num determinado equipamento, instalado num certo local, proibindo a sua utilização múltipla, em rede ou em linha) ⁽⁹⁹⁴⁾.

Por outro lado, “na ausência de cláusulas contratuais específicas, nomea-

não autoriza nenhuns actos que ultrapassem aquela finalidade” (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 357). A formulação deste princípio interpretativo é devida a Goldbaum, tendo sido acolhido na lei alemã de 1965: “Im UrhG hat die Zweckübertragungslehre in der Regel des § 31 Abs. 5 ihre Bestätigung erfahren: Sind bei der Einräumung des Nutzungsrechts die Nutzungsarten, auf sie das Recht erstrecken soll, nicht einzeln bezeichnet, so bestimmt sich der Umfang des Nutzungsrechts nach dem mit seiner Einräumung verfolgten Zweck. Die Bestimmung schließt die Möglichkeit aus, daß sich der Vertragspartner des Urhebers durch generalisierende Klauseln weitergehende Rechte einräumen läßt, als er der Vertragszweck erfordert.” (Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 364-5). Vazado no § 31(5) UrhG, o “Zweckübertragungsprinzip als ein das Urheberrecht beherrschender Grundsatz” (Fischer/Reich, *Urhebervertragsrecht*, p. 8) encontra expressão em diversas normas da lei alemã, parecendo ter sido acolhido pela directiva comunitária (sobre este princípio fundamental, v., ainda, por todos, Schweyer, *Zweckübertragungstheorie*, 1982; Liebrecht, *Die Zweckübertragungslehre*, 1983; e, recentemente, Götting, *Urheberrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen*, p. 72, com mais referências).

⁽⁹⁹⁷⁾ Estar-se-ia, no entender da Comissão perante uma presunção inilidível de concessão de autorização (Livro Verde 1988, p. 184).

⁽⁹⁹⁸⁾ A obtenção de uma “licença de utilização de suporte lógico” (bem como, em geral, a obtenção de bens informáticos, nomeadamente a aquisição de um sistema informático) é, normalmente precedida, de um diagnóstico, de um estudo prévio, das necessidades do cliente. O qual, pode ser efectuado, ou no quadro das relações pré-contratuais que o cliente estabelece com o fornecedor (nomeadamente, o distribuidor), ou nos termos de um contrato de conselho ou de consultadoria (*Beratungsverträge; contrat de conseil; Consulting ou Management Contract*) que celebra com um terceiro. No âmbito deste contrato de consultadoria (qualificado no direito comparado como *contrat d'entreprise* e *Werkvertrages*, v. Vivant, *Lamy droit informatique*, n.º 105 s.; Pouillet, *Contrats de logiciels*, p. 132-3; D’Hamale/Evrard, *Le contrat de conseil*, p. 193 s.; Schneider, *EDV- Rechts*, p. 353 s.; Martinek, *Moderne Vertragstypen*, II, p. 327), sucintamente, o “consultor informático” diagnostica, confidencialmente, as necessidades do cliente (inventariando os eventuais equipamentos informáticos de que disponha, tipo de actividade que exerça, objectivos, etc.), e propõe, num caderno de engargos que elabora, soluções, em termos de oportunidade e de adequação, no sentido, nomeadamente, da obtenção, em certas condições, de uma licença de utilização da cópia de um programa (ou, em geral, de um sistema informático) concebido com determinadas características técnicas e certas qualidades funcionais, quer

damente quando uma cópia tenha sido vendida^[(995)], qualquer outra acção necessária à utilização de uma cópia de um programa poderá ser realizada *de acordo com o fim a que se destina* pelo adquirente legal dessa mesma cópia”⁽⁹⁹⁶⁾. Ou seja, na ausência de estipulações contratuais específicas quanto ao *licere* da autorização, o critério para se aferir da necessidade dos actos de reprodução e de transformação da cópia de um programa de computador para a sua utilização, incluindo a correcção de erros, será o fim a que se destina pelo seu legítimo “adquirente”⁽⁹⁹⁷⁾.

Dito de outro modo, na ausência de cláusulas contratuais específicas, o critério de necessidade já não é apenas um critério, em último termo, objectivo (“a reprodução tecnicamente necessária”), aferido pelas características técnicas e pelas qualidades funcionais próprias do programa, mas também, e sobretudo, subjectivo, pois que se atende agora ao fim a que se destina a utilização do programa ou de uma sua cópia pelo respectivo “adquirente” legítimo da autorização de utilização. Assim, será distinto o *licere* da autorização de utilização de um programa ou de uma sua cópia, consoante o seu “adquirente” seja um “distribuidor” (entendido este em sentido amplo) ou um “utilizador final”, na medida em que a sua utilização se destina, em princípio, a fins diferentes⁽⁹⁹⁸⁾.

esse programa exista já no mercado (ainda que careça de adaptações específicas), quer se trate de um novo programa a criar segundo aquele conceito. No âmbito das relações pré-contratuais que o cliente estabelece com o fornecedor, refiram-se os critérios específicos elaborados pela doutrina francesa, densificadores do *princípio da boa fé* neste domínio particular, mobilizáveis também no âmbito do contrato de consultadoria (v. Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 50 s.; Lamberterie, *Les contrats en informatique*, p. 11 s.; Viricel, *Contrats de l'informatique*, p. 62 s.; Vivant, *Lamy droit informatique*, n.ºs 72 s., esp. n.ºs 392 s.).

Sucintamente, por um lado, sobre o fornecedor impende um dever geral de informação, que compreende: (a) a obrigação de esclarecer — *l'obligation de renseignement* — o cliente sobre as características técnicas e qualidades funcionais do programa (por exemplo, mediante documentação técnica informativa, e não meros prospectos publicitários, etc.); (b) a obrigação de acautelar — *l'obligation de mise en garde* — o cliente, chamando a sua atenção para as precauções necessárias indispensáveis para a utilização segura do produto (por exemplo, precavendo o cliente das dificuldades técnicas de utilização, recomendando-lhe, pelo menos numa primeira fase, o recurso a um sistema paralelo de tratamento manual de informações e a assistência por um *conseil en informatique*, etc.); (c) a obrigação de conselho — *l'obligation de conseil* —, que se traduz, em geral, em formular um juízo sobre a oportunidade da informatização, e, em especial, em propor materiais (nomeadamente, programas) adequados e proporcionais às necessidades exprimidas pelo cliente, obrigação esta cuja intensidade varia, no caso concreto, em função, nomeada-

E tanto no que respeita às operações de reprodução como nas relativas à sua transformação, pois que estas últimas não se limitam apenas à “acção de correcção dos *respectivos* erros” necessária à utilização da cópia de um programa no âmbito, em último termo, mínimo da sua *reprodução técnica*, antes sendo agora a necessidade das acções de transformação aferida pelo critério do fim a que se destina pelo seu utilizador legítimo. Fim esse, porém, relativo tão só à utilização do programa e, nessa medida, justificativo apenas das operações de transformação relativas à correcção de erros do programa e à sua adaptação às necessidades específicas do legítimo utilizador ⁽⁹⁹⁹⁾. E, portanto, englobarão apenas a chamada manutenção do programa destinada a alcançar e assegurar a sua interoperabilidade, e já não outras operações de transformação susceptíveis de afectarem o interesse de participação do titular do direito sobre o programa no resultado económico da sua exploração, como, nomeadamente, as implicadas na manutenção *tierce* ⁽¹⁰⁰⁰⁾ e, sobretudo, nas actualizações (*updates*) ⁽¹⁰⁰¹⁾.

Acresce que, tratando-se de uma autorização de utilização de uma cópia de um programa, as operações que se traduzem na sua reprodução-cópia (por ex., reprodução através de armazenamento em disco duro, disquete ou streamer, ou a implantação em ROM) não serão, em princípio, consideradas necessárias pelo critério do fim a que se destina a sua utilização pelo respectivo “adquirente”, *maxime* tratando-se de um “utilizador final”. Se bem que, nestes casos, ele possa, para além das acções necessárias à reprodução técnica, realizar qualquer outra acção necessária à utilização de uma cópia de um programa, apenas se encontra autorizado a utilizar, ainda que de acordo com o fim a que se destina, essa mesma cópia.

3. Assim, a primeira das faculdades referidas não se encontra expressamente consagrada em qualquer artigo da directiva programas de computador. O que aí se dispõe no art. 5.º, 1, DPC é o seguinte: “Salvo disposições contratuais específicas em contrário, os actos previstos nas als. *a*) e *b*) do art. 4.º não se encontram sujeitos à autorização do titular sempre que sejam necessários para a utilização do programa de computador pelo seu legítimo adquirente de acordo com o fim a que esse programa se destina, bem como para a correcção de erros”. Esta disposição destina-se a regular, em primeira linha, a exploração do programa, e não a utilização final de uma cópia.

mente, do nível de conhecimentos do cliente e, em especial, de ele se ter feito previamente acompanhar de um “consultor” nos termos de um contrato de consultadoria. Como,

Caso contrário, aquele que licitamente adquirisse uma cópia do programa, estaria sujeito a não a poder utilizar licitamente. Como diz o Prof. Oliveira Ascensão: “É grave. A correcção de erros pode ficar dependente de autorização. Pior ainda, a utilização normal do programa pode ainda ficar restringida por imposição de autorizações específicas. A acreditar na alegação doutrinária de que toda a utilização implicaria reprodução do programa, teríamos que se poderia admitir um contrato em que toda a utilização estivesse vedada. / Para evitar consequências desta natureza, há que interpretar a ressalva inicial como restrita a pontos bem delimitados, não podendo nunca o seu âmbito contender com uma utilização normal do programa nem ser contrário à boa fé” (1002).

Deste modo, é necessário, mais uma vez, atender ao preâmbulo, como parece entendimento consensual (1003). Aí se lê que o legislador comunitário entendeu “que os direitos exclusivos do autor para impedir a reprodução não autorizada da obra devem ser sujeitos a uma excepção limitada no caso de se tratar de um programa de computador, de forma a permitir a reprodução tecnicamente necessária para a utilização daquele programa pelo seu adquirente legítimo; [e] que tal significa que as acções de carregamento e funcionamento necessárias à utilização de uma cópia de um programa legalmente adquirido, incluindo a acção de correcção dos respectivos erros, não podem ser proibidas pelo contrato” (cons. 17, DPC).

O que vale por dizer que aquelas disposições contratuais específicas deparam com um limite inultrapassável, qual seja: o direito do utente legítimo de praticar aquela reprodução tecnicamente necessária para a utilização de uma cópia do programa, e para a correcção dos respectivos erros. É um dos “limites endógenos” (1004) ao direito exclusivo, que se traduz num direito mínimo garantido ao utente legítimo, ao nível do ‘consumo’ de cópias dos programas, impondo, como já referimos antes, limites à liberdade contratual do titular dos direitos sobre o programa (1005). Por outro lado, acrescenta ainda o legislador comunitário que, na ausência de cláusulas contratuais específicas, nomeadamente quando uma cópia do programa tenha sido vendida, para além das acções de carregamento, funcionamento e correcção de erros, qualquer outra acção necessária à utilização de uma cópia de um programa poderá ser realizada de acordo com o fim a que se destina pelo adquirente legal dessa

entre nós, refere o Prof. Sinde Monteiro: “Ao fornecedor poderá ser imputada uma 'culpa profissional', quer no caso de fornecimento de um sistema demasiadamente poderoso e inutilmente custoso, quer no propor um equipamento insuficiente, ou até mesmo não utilizável pelo adquirente” (Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações*

mesma cópia" (cons. 17, *in fine*).

Porém, no que respeita às licenças de utilização do programa, o art. 5.º,

ou informações, p. 408). Por outro lado, sobre o cliente incumbe um dever geral de colaboração — *devoir de collaboration* —, que compreende: (a) a obrigação de se informar (quer junto do fornecedor, quer junto de terceiros); (b) e a obrigação de informar o fornecedor, nomeadamente, no que respeita aos meios informáticos de que já dispõe, aos objectivos que pretende alcançar, e, em geral, em tudo quanto seja pertinente para ajuizar das suas necessidades.

(⁹⁹⁹) Neste sentido, Lehmann, NJW 1993, p. 1826. Em sentido contrário, Zeno-Zencovich nega que o fim a que se destina a utilização possa justificar as operações de adaptação às necessidades específicas do legítimo utilizador (cfr. Zeno-Zencovich, DII 1992, p. 31).

(¹⁰⁰⁰) Cfr. Vivant, JCP 1994, p. 437.

(¹⁰⁰¹) Cfr. Lehmann, NJW 1991, p. 2115.

(¹⁰⁰²) Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 346.

(¹⁰⁰³) Cfr. Meijboom, *Directive on Software Copyright Protection*, p. 13.

(¹⁰⁰⁴) Lehmann, EWS 1994, p. 293 s.

(¹⁰⁰⁵) Cfr. *Contratos de 'software'*, p. 178 s.

(¹⁰⁰⁶) As licenças de utilização de programas de computador para fins de distribuição distinguem-se da cessão de direitos, seja legal, seja contratual (v., por ex., Boytha, Dd'A 1991, p. 210 s.). Exemplo de uma cessão legal é, a nosso ver, a que consta do art. 2.º, 3, DPC, nos termos da qual só o empregador fica habilitado a exercer todos os direitos de natureza económica relativos aos programas de computador criados no âmbito de relações laborais. Deste modo, salvo estipulação contratual em contrário, a empresa (*software-house*) adquire mediante *cessio legis* a qualidade de titular dos direitos de exploração económica exclusiva dos programas assim criados. Qualidade essa que pode, em certas circunstâncias, ceder a terceiro relativamente a todos ou alguns desses direitos (princípio da especialidade). Porém, é na qualidade de titular exclusivo dos direitos de exploração que a empresa frui economicamente o programa, pois que, se a cessão da sua qualidade de titular dos direitos lhe pode ser, eventualmente, vantajosa pela mais valia que a transacção lhe proporcione, já implica, por outro lado, a renúncia ao monopólio ou exclusivo de exploração que aquela qualidade lhe reserva relativamente a cada um dos direitos patrimoniais. Pelo que, a exploração económica do programa se traduz, não na cedência da sua qualidade de titular dos direitos, abdicando da área de reserva de que é *dominus*, mas antes na concessão de autorizações de utilização do programa e de cópias deste. Por outras palavras, ao invés de transmitir a sua qualidade de titular exclusivo dos direitos de reprodução, tradução e adaptação, e distribuição de um programa, concede apenas autorizações de utilização deste ou de cópias suas, conservando o monopólio de exploração. Inserem-se, portanto, no quadro dos contratos de direitos de autor que não têm por objecto a cessão ou transmissão de direitos, mas antes a exploração do programa ou a utilização de cópias suas (v., por ex., Freitas, Dd'A 1991, p. 232 s.; Romano Martínez, *Os grandes tipos*, p. 395 s.).

Como matriz negocial desta exploração económica vamos encontrar, assim, a figura

1, DPC, dispõe que, na ausência de cláusulas contratuais específicas, o “legítimo adquirente” poderá praticar todos os actos previstos nas als. a) (reprodução)

do contrato de licença, que se caracteriza como sendo o acordo pelo qual, o titular dos direitos concede a outrem uma autorização de utilização do programa de computador, ou de uma sua cópia, para determinados fins (nomeadamente, produção e/ou distribuição, consumo). Com efeito, é com base na figura da licença que o titular dos direitos explora economicamente o programa, autorizando a sua utilização (ou de cópias suas), por terceiros, para e de acordo com determinados fins, sem se privar do exclusivo de fruição que a sua qualidade lhe confere, ou seja, sem abdicar do monopólio de exploração que a sua qualidade de titular dos direitos lhe reserva em exclusivo. Como refere o Prof. Oliveira Ascensão, “os contratos de utilização de *software* [...] são [...] *contratos de licença*. São contratos pelos quais se admite a restrição de um exclusivo. Entram no mesmo tipo das licenças das patentes e de várias outras licenças no sector da propriedade industrial” (Oliveira Ascensão, *Direito do utilizador de bens informáticos*, p. 356). Por essa razão, fala-se, aliás, de uma “*Lizenzkultur*” (Lehmann, CR 1993, p. 268, NJW 1993, p. 1822). E, no universo da prática negocial emergem as mais diversas “constelações contratuais” de licenças. Constelações estas que se formam, e assim adquirem a sua especial caracterização, consoante os fins específicos que, em concreto, as partes prosseguem, com cada particular utilização do programa (ou de cópias suas), no quadro das suas características técnicas e qualidades funcionais e consoante o tipo de programa: sistema operativo, programa aplicativo, *firmware* (v. Pres, CR 1994, p. 520 s.). Sendo esse, como vimos, o critério de aferição da extensão e amplitude do *licere* de cada autorização de utilização concedida pelo titular dos direitos ao respectivo detentor da licença, em harmonia com o princípio “cedência funcional” (*Zweckübertragungsgrundsatz*), que encontra, *mutatis mutandis*, equivalente no gaulês princípio da interpretação restritiva. Porém, a posição de monopólio que ocupa o titular dos direitos na exploração do programa confere-lhe o poder de conformar unilateralmente o conteúdo dos contratos de licença que arbitrariamente decida conceder. Pelo que, encontra a área de reserva e de exclusão que o titular dos direitos dispõe determinados limites internos ou “endógenos” (os direitos mínimos do legítimo utilizador) e externos ou “exógenos” (nomeadamente, o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais e a disciplina da defesa da livre concorrência nos mercados nacional e europeu), decorrentes da sua ponderação com princípios fundamentais da tutela social do consumidor e da protecção da livre concorrência na economia de mercado (cfr. Lehmann, EWS 1994, p. 293 s.).

Assim, embora a *praxis* do comércio jurídico seja muito mais rica, reflectindo a cada instante o desabrochar da liberdade contratual das partes na autodeterminação dos seus interesses sancionada pelo direito, podemos distinguir três séries de licenças de utilização, correspondentes, respectivamente, a três grupos de fins: produção/distribuição, distribuição, e consumo. Ao contrário desta última, que incide sobre cópias, as duas primeiras incidem sobre o programa enquanto fonte de exploração económica. Com efeito, trata-se de autorizações de utilização do programa que facultam à outra parte *participar* também na sua exploração, sem que impliquem qualquer transmissão de direitos

e *b*) (tradução e adaptação) do art. 4.º, quando sejam necessários para a utilização do programa de computador de acordo com o fim a que esse programa se destina, bem como para a correcção de erros. Ou seja, o critério para se aferir da licitude dos actos praticados pelo seu “adquirente legítimo” é a sua necessidade para a utilização do programa de acordo com o fim a que se destina esse programa.

Este critério é algo fluído, discutindo-se o que se entende por “actos necessários para a utilização do programa de acordo com o fim a que se destina”. Parece que se trata de um critério geral destinado às diversas constelações de licenças de utilização do programa que emergem na prática negocial. Neste sentido, o âmbito necessário de utilização será diferente consoante os fins visados pelas partes. Se a licença se enquadrar num acordo com fins de produção e distribuição de cópias do programa, então o seu âmbito necessário de utilização será diferente daquele outro em que a licença tenha

sobre o programa. Antes pelo contrário, trata-se de acordos de licenças pelos quais o titular dos direitos, sem se privar da sua área de reserva exclusiva, permite à outra parte participar, *sine domino*, no seu monopólio de exploração económica, concedendo-lhe autorização para, em certos termos e no quadro de determinados fins, utilizar o programa. Por seu turno, os acordos de licença de utilização para fins de consumo incidem sobre cópias do programa, destinando-se a permitir a um utilizador final (consumidor) participar, também *sine domino*, na sua área reservada de uso. Assim, consoante se enquadrem na participação do monopólio de exploração intermediária ou na área de reserva de uso primário, os acordos de licença incidirão, respectivamente, sobre o programa ou sobre cópias suas, enquanto objecto de autorização de utilização concedida pelo titular dos direitos, que não se priva, em qualquer caso, do exclusivo de fruição económica que a sua qualidade lhe atribui (v. Lehmann, *Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung*, p. 543; e o nosso, *Contratos de ‘software’*, p. 127). Refira-se, ainda, que tem sido proposta a aproximação das licenças de produção e/ou distribuição a determinadas figuras contratuais, como sejam, respectivamente, a edição e os contratos de distribuição, *maxime* a concessão e, em certos termos, a franquia (v. Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 721; Lehmann, NJW 1993, p. 1825; Pres, *Softwarelizenzverträge*, p. 194 s.; Schamming, *Le droit du logiciel*, p. 230; Huet/Maisl, *Droit de l’informatique*, p. 281, p. 442; Vivant, *Lamy droit informatique*, n.º 26 s.; sobre os contratos de distribuição chamados OEM — *Original Equipment Manufacturer* — e VAR — *Value Added Reseller* —, v. Schneider, *EDV-Rechts*, p. 842 s.; Bellefonds, *Contrats informatiques*, p. 70 s.; Pearson, *Computer Contracts*, p. 179 s.).

⁽¹⁰⁰⁷⁾ Lehmann, *Richtlinie*, p. 17.

⁽¹⁰⁰⁸⁾ Com efeito, independentemente do enquadramento jurídico a que uma particular licença venha a ser sujeita, são garantidos ao utente legítimo determinadas faculdades de utilização da cópia, conforme resulta do art. 9.º, 1, *in fine*, e do cons. 17 DPC. Trata-se das faculdades mínimas que integram imperativamente o *licere* de qualquer

licença de utilização do programa ou de uma sua cópia que o titular dos direitos conceda. Na opinião de Lehmann, assistem ao utente legítimo as seguintes faculdades mínimas (“Minimalrechten der legitimen Nutzer”; “Die Mindestbefugnisse der berechtigten Nutzer von Software”): (a) a faculdade de praticar as operações de carregamento e funcionamento necessárias à utilização da cópia o número de vezes que quiser, uma vez que o número de vezes que o utente legítimo faz uso da cópia não afecta o interesse de participação do titular de direitos de protecção; (b) a faculdade de correcção dos erros da cópia necessária à sua utilização, entendendo-se que não inclui certas acções de manutenção (*Wartung, Maintenance*), em especial a adaptação que melhore o programa ou a instalação de novas versões, porquanto tais operações afectam o interesse de participação na exploração económica do programa do titular dos direitos; (c) a faculdade de execução de uma cópia de segurança quando seja necessária à utilização do programa e não tenha sido fornecida juntamente com a cópia “original”; (d) a faculdade de testar, observar e estudar o funcionamento do programa; (e) a faculdade de descompilação e utilização das informações obtidas, em conformidade com os requisitos prescritos, com vista à interoperabilidade de sistemas informáticos (cfr. Lehmann, NJW 1993, p. 1823 s.). Nessa medida, sustenta-se que não gozarão de “enforceability”, nomeadamente, as cláusulas de uma licença *shrink-wrap* contrárias aos direitos mínimos do utente garantidos pela directiva (v. Smith, CLJ 1992, p. 597 s.; Singleton, CL&P 1993, p. 52 s.).

Por outro lado, no que respeita aos poderes de disposição, ao adquirente de uma cópia, e apenas a ele, é reservada a faculdade de alienar (vender, doar, trocar) essa mesma cópia, por força do esgotamento do direito de distribuição dessa cópia, resultante de ter esta sido objecto de comercialização na Comunidade, isto é, de compra para revenda; porém, já não goza da faculdade de locar essa mesma cópia, porquanto tal direito é reservado em exclusivo ao titular dos direitos de exploração económica (art. 4.º-c, DPC). Como já referimos, para além destes “Mindesrechte” o conteúdo da licença apurar-se-á, na ausência de cláusulas contratuais específicas, no quadro do princípio da ‘cedência funcional’, consagrado no art. 5.º, 1, e presente também no preâmbulo da directiva: “na ausência de cláusulas contratuais específicas, nomeadamente quando uma cópia tenha sido vendida, qualquer outra acção [para além das operações de carregamento e de funcionamento necessárias à utilização da cópia pelo sue adquirente legítimo, bem como a correcção dos respectivos erros] necessária à utilização de uma cópia de um programa poderá ser realizada de acordo com o fim a que se destina pelo adquirente legal dessa mesma cópia” (cons. 17). Pense-se, nomeadamente, na importância da faculdade de adaptação às necessidades específicas do cliente. Na concretização deste princípio, a doutrina germânica considera que o titular dos direitos deve poder contratualmente limitar mais as faculdades de uso do utilizador no caso de, no caso concreto, a licença configurar uma locação (não apenas em termos temporais, mas também no que respeita à localização espacial e ao conteúdo da utilização, através das chamadas licenças CPU, “floating”, “field of use”, “Netzwerk”, etc.), desde que, porém não viole os seus direitos mínimos de utilização e na medida em que possam ser justificadas pelo “Participationsinteresse” do titular dos direitos (v. Lehmann, NJW 1993, p. 1825-6; Haberstumpf, GRUR Int 1992, p. 717, 722).

Por outro lado, como limites exógenos aos direitos do titular na estipulação de limites aos direitos do beneficiário, surgem, nomeadamente, a disciplina da livre

concorrência, quer a nível nacional, quer a nível europeu, e a lei das cláusulas contratuais gerais — LCCG (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, JO L 95/29, 21-04-1993). Relativamente ao primeiro ponto, alguns AA. sustentam que são susceptíveis de ser proibidas pelas regras do direito europeu da concorrência, por analogia com as “listas negras” vigentes para as licenças de patente e de saber-fazer, as chamadas “customer allocation clauses” ou “reine cite-Klauseln”, isto é, as cláusulas contratuais que obriguem o utilizador a fazer uso da cópia do programa apenas num determinado local, ou mesmo num determinado sítio, bem como as chamadas “Koppelungsklauseln” ou “Koppelungsbindungen”, isto é, as cláusulas que obrigam o cliente a adquirir “hardware” juntamente com o “software” (v. Moritz, CR 1993, p. 262; Lehmann, NJW 1993, p. 1826; v., ainda, Vajda, ECLR 1992, p. 110 s.; Vinje, CR 1993, p. 401 s.; Bay, CL&P 1993, p. 176 s.), ainda que se sustente que estas “tying clauses” possam ser justificadas, em certos termos, por razões técnicas e de manutenção de qualidade (Vinje, ECLR 1992, p. 167; sobre a necessidade de uma isenção para as licenças de *software*, v. Dolmans, *Software Block Exemption?*, p. 409 s.). Relativamente ao segundo ponto, refira-se, a título puramente exemplificativo, que são proibidas, em absoluto, quer nas relações entre empresários, quer nas relações com consumidores, as cláusulas que excluam ou limitem a responsabilidade por danos pessoais ou por danos patrimoniais extracontratuais (v. arts. 18.º-a, 15.º e 20.º LCCG), pois que “la clause exonératoire fait partie de la liste ‘noire’ des clauses interdites de façon absolue” (Pinto Monteiro, BFD 1993, p. 171; v., ainda, *Cláusulas de responsabilidade civil*, p. 22). Porém, na medida em que não sejam contrárias à ordem pública, já poderão ser consideradas válidas, como sustenta o Prof. Pinto Monteiro, as cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade extracontratual, isto é, “se o bem em risco de vir a ser lesado, fonte de uma eventual responsabilidade extra-contratual, for de índole meramente privada e de natureza disponível” (Pinto Monteiro, *Cláusulas de responsabilidade civil*, p. 5; desenvolvidamente, *Cláusulas limitativas e de exclusão*, p. 409 s., *Cláusula penal e indemnização*, p. 241 s.).

Um outro tipo de limites exógenos tem a ver com um problema delicado que se suscita quanto a este ponto, que são as chamadas licenças *schrink-wrap* (*Tear-me-open; Schutzhüllenverträge*). Encontram o seu campo de eleição no chamado *Massenware*, isto é, do *software-standard* oferecido ‘tal e qual’ ao público, e, como já referimos (cf. *Contratos de ‘software’*, p. 181 s.), estas licenças apresentam-se, por exemplo, nos seguintes termos: “Importante: Por favor leia a licença de utilização contida no caderno anexo antes de abrir a embalagem ou utilizar o suporte lógico. Ao abrir a embalagem expressará a sua concordância com os termos e condições de tal licença” (‘Selo-aviso’ do *Acordo de Licença de Utilização do Suporte Lógico Apple*). A cópia do programa (e eventualmente a cópia de apoio) é embalada num invólucro ‘selado’ pela licença *schrink-wrap*, sendo ‘empacotada’ juntamente com a documentação de apoio (manual de instruções, ficha técnica, etc) e a licença de utilização. Desta licença de utilização constam, *inter alia*, cláusulas que definem o âmbito da autorização de utilização (isto é, as faculdades ou direitos do utilizador), cláusulas que excluam e/ou limitam a responsabilidade do concedente, e, ainda, cláusulas que excluam e/ou limitam garantias, implícitas ou explícitas, ressalvando a sua *enforceability*,

absoluta ou relativa, em face da lei aplicável. Ora, as licenças *shrink-wrap* significam que no acto de abertura da embalagem em que é contida a cópia do programa, o adquirente do *package* adere a tais estipulações (v., por ex., Miller, CL&P 1992, p. 52; Smith, CLJ 1992, p. 597 s.; Pearson, ApCCL 2/1992, p. 4 s.).

Estas licenças *shrink-wrap* são o modelo típico da *praxis* negocial no âmbito dos contratos de licença de utilização de uma cópia de *Massenware*, embora não exclusivamente (v. Koch/Schnupp, *Software-Recht*, p. 280 s.; Pagenberg/Geissler, *Lizenzverträge*, p. 589 s.), suscitando problemas extremamente delicados. Em virtude disso, considerou-se recentemente que seria desejável que, quer a nível nacional, quer a nível europeu, “fosse tomada uma posição clara em relação a estas licenças de plástico, e isto provavelmente por via legislativa. Uma tal intervenção, sustentada por uma política clara, deveria procurar conciliar de maneira equilibrada os interesses dos produtores, dos revendedores e dos utilizadores” (Giro, DIT 1/1998, p. 14). Parte esta consideração de uma análise de direito comparado, em que se constata que a solução do problema parece apontar em sentidos divergentes: na Holanda, a jurisprudência superior pronunciou-se no caso *Coss v. TMDData* (1995) pela invalidade das licenças de plástico, com o argumento de que a simples abertura do invólucro não seria suficiente para a formação de acordo de vontade e, portanto, para a celebração de um contrato; em Inglaterra, no caso *Beta v. Adobe* (1996), a jurisprudência, criticada por alguns autores, entendeu que a licença de plástico seria apenas uma condição imposta pelo titular de direitos ao contrato de compra e venda das cópia do *software*, que não obstaría, nem seria afectada pela validade deste contrato; em Singapura, no caso *Aztech PTE Ltd. v. Creative Technology Ltd* (1996-7), apesar de o tribunal de primeira instância ter considerado a licença inválida, mobilizando um precedente no domínio das patentes (caso *Betts v. Wilmott*, 1871), o tribunal de recurso pronunciou-se pela validade da licença de plástico, considerando que o adquirente da cópia do *software* teria acordado os termos implícitos da licença, nomeadamente a cláusula que proibia a realização da descompilação para fins de descompilação; nos Estados Unidos, há vária jurisprudência, sendo de referir o caso *Step Saver Data Systems v. Wyse Technology* (1990-1), em que depois de a primeira instância se ter pronunciado pela validade da licença, o tribunal de recurso inverteu o sentido da decisão, com o argumento de que a abertura do invólucro não seria suficiente manifestação de vontade de contratar não havendo acesso prévio aos termos da licença; nesta linha, foi proposta a alteração do *Uniform Commercial Code*, no sentido da adição da § 2B-308(2), nos termos da qual “numa transacção mercantil em massa, a menos que outra coisa seja acordada, uma obrigação ou limitação que tenha sido razoavelmente comunicada na embalagem do produto ou de outro modo antes do pagamento do preço da licença, ou que foi parte da descrição do produto, torna-se parte do contrato sem manifestação de concordância com uma licença ou uma cláusula contendo uma obrigação ou limitação”; esta proposta afirma a validade de princípio destas licenças de plástico na condição de apresentação clara e anterior à conclusão do contrato das cláusulas que restringem os direitos dos utilizadores; consagra-se assim a orientação jurisprudencial, também firmada no caso *Arizona Retail Syst. v. Software Link* (1993), e recentemente reafirmada pelo tribunal de recurso no caso *Pro-CD v. Zeidenberg* (1996) no sentido de aceitar a validade das licenças de plástico, na medida em que as condições da licença tenham sido levadas ao conhecimento do adquirente antes da conclusão da venda

(cf. Girot, DIT 1/1998, p. 7 s.; ainda sobre estas e outras indicações recentes de direito comparado, v. Ward/Durrant, CoL 1996, p. 174 s.; Gomulkiewicz/Williamson, Rutgers LJ 1996, p. 335 s.).

Ora, procurando analisar a questão entre nós, podemos dizer que estas licenças de plástico serão, em regra, como se deixou implícito, “contratos de adesão”, porquanto se formam pela mera adesão do cliente às cláusulas contratuais gerais predeterminadas ou preelaboradas pela *software-house* com vista a uniformizar a disciplina dos contratos de licença de utilização final de cópias do programa a celebrar no futuro (v. Pinto Monteiro, ROA 1986, p. 746; Sousa Ribeiro, *Cláusulas e paradigma*, p. 173, definindo-as como as “cláusulas préformuladas com vista à disciplina uniforme de uma série, em regra indeterminada, de contratos de certo tipo a celebrar pelo predisponente ou por terceiro”); porém, por força da directiva, este regime deverá aplicar-se pelo menos nas relações com consumidores ainda que tais cláusulas tenham sido meramente pré-definidas para um contrato individual, bastando, portanto, que não tenham sido objecto de negociação individual (v. Pinto Monteiro, ERPL 1995, p. 231 s., RDM 1996, p. 79 s., esp. 98 s.). Encontrar-se-ão, assim, as respectivas estipulações sujeitas ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Antes do apuramento da consonância do conteúdo de tais estipulações com a boa fé (art. 16.º LCCG), e, nomeadamente, da sua conformidade, nos termos prescritos, com as listas ‘negras’ e ‘cinzentas’ constantes dos arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º LCCG, põe-se, desde logo, o problema do controlo ao nível da formação do acordo.

O problema é extremamente delicado, também não havendo, entre nós, consenso quanto á sua validade. Na opinião do Prof. Oliveira Ascensão, exemplo de cláusulas ilegais impostas pelas empresas informáticas seriam “as licenças chamadas de *shrink-wrap*. / A alienação do programa pode fazer-se através da tradição de bens que vêm fechados num invólucro. Nesse invólucro estão escritas as condições em que se dá a autorização para o uso do programa. E insere-se aí que, com o rasgar do embrulho, o adquirente aceita todas as cláusulas que nele estão exaradas e fica pois vinculado por elas. / Não será necessária uma longa reflexão para convencer que semelhante cláusula é inválida perante o direito português — qualquer que seja a sua valia perante o direito norte-americano. / Mas continua a ser usada, certamente com a consideração que na maior parte dos casos o utente se submete, e com a esperança de que com o tempo a prática acabe por prevalecer sobre as restrições legais. / Isto mostra como é significativo o controlo que a disciplina das cláusulas negociais gerais pode trazer a estes contratos.” (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 352). Todavia, outra parece ser a opinião de Lopes Rocha, que, seguindo a orientação de Bertrand, sustenta que é a “ligação ao direito de autor que nos parece estar numa coerente linha de pensamento que ‘explica as licenças de *shrink-wrap* exactamente por essa característica. Esta interpretação arranca da ideia de que não se pode reduzir a licença de *software* a um simples contrato, pela importância da sua ligação à propriedade intelectual. Assim, uma licença de *shrink-wrap* é válida como uma simples licença, independentemente da sua posição contratual. Tal decorre de um óbvio e fundamental princípio da lei da propriedade intelectual, segundo o qual o titular de um direito de propriedade intelectual detém direitos exclusivos. Assim, o adquirente não pode obter mais direitos, do que aqueles que lhe confere o titular de tais direitos implícita ou expressamente. Como a maior parte dos produtos físicos, a venda de um desses

produtos raramente se faz acompanhar por um contrato de licença ou qualquer outra forma de licença de propriedade intelectual. Mas o *software* é, neste aspecto, um produto *sui generis*. Com efeito, quanto à maior parte dos produtos, o consumidor sabe que não os pode copiar, nem tem esse direito, nem de cópias necessita para utilizar um produto beneficiário da protecção conferida pela propriedade intelectual. Não assim com o *software*, dado que este não pode ser utilizado sem ser copiado. Esta situação só pode ser alterada por duas situações diferentes: uma intervenção legal proporcionada pelo legislador garantindo que uma licença tem de conter um ‘mínimo ético’ intocável pelo titular do direito intelectual. É este precisamente o caso da Directiva 91/250 do Conselho da União Europeia, relativa à protecção jurídica do *software* quando garante um direito de descompilação ou um direito a uma cópia de *back-up*. As disposições contratuais que pretendam afastar estas imposições legais são nulas nos termos do art. 9.º da Directiva. A outra possibilidade é convencionar contratualmente direitos acrescidos para o utilizador, o que pode acontecer quando o adquirente se relaciona directamente com o produtor de *software*”. (Lopes Rocha, *Contratos de licença*, p. 702).

A última perspectiva parece sustentável porquanto, na medida em que os termos da licença não violem os direitos mínimos do utente — incluindo os actos de carregamento e funcionamento necessários à utilização da cópia e a acção de correcção dos respectivos erros —, deverão tais estipulações ser válidas em face dos direitos de propriedade intelectual. Todavia, estamos aqui ao nível dos limites internos do direito, aos quais acrescem os limites externos impostos, nomeadamente, pela livre concorrência e pela protecção do consumidor. E um problema que aqui se põe é, desde logo, saber se as licenças de *shrink-wrap* cumprem o dever de comunicação prévia e na íntegra das condições gerais constantes da licença de utilização exigido pelo, e nos termos do, art. 5.º LCCG. Ora, enquanto ‘selos-avisos’ de abertura da embalagem da cópia do programa, as ‘licenças *shrink-wrap*’ parecem poder cumprir, em princípio, tal dever, uma vez que possibilitam “ao aderente o conhecimento antecipado da existência das cláusulas contratuais gerais, que irão integrar o contrato singular, bem como o conhecimento do seu conteúdo, exigindo-lhe, para o efeito, também a ele, um comportamento diligente” (Pinto Monteiro, ROA 1986, p. 749).

Na verdade, o aderente é não apenas avisado da existência da licença de utilização, mas também prevenido a tomar conhecimento dos seus termos e condições, uma vez que a abertura da embalagem acarreta a sua aceitação. Depois, antes de aderir às condições gerais da licença o utilizador pode solicitar todos os esclarecimentos razoáveis, que lhe são devidos pelo proponente por força do dever de informação que sobre este impende (art. 6.º, LCCG), na medida em que não se trate de meras “dúvidas injustificadas ou caprichosas do aderente” (Almeida Costa/Menezes Cordeiro, *Anotação*, p. 26). Assim, parece que, em princípio, as licenças *shrink-wrap* não prejudicam, por si só, o cumprimento dos deveres de comunicação e de informação das cláusulas contratuais gerais, permitindo a sua inclusão, na medida em que não se tratem de cláusulas surpresa, no contrato singular de licença (art. 8.º e art. 4.º LCCG). Nesse sentido, considera Lopes Rocha que, “se houver conhecimento anterior das cláusulas propostas, [...] então as condições gerais do contrato devem considerar-se válidas. A aceitação pode manifestar-se através de um comportamento conclusivo, sendo o momento da conclusão do contrato aquele da manifestação do

consenso das partes” (Lopes Rocha, *Contratos de licença*, p. 701; recentemente, no sentido de que o “acto de abertura da embalagem que contém o suporte físico do programa [...] traduzirá ou exprimirá tacitamente uma aceitação da proposta contratual”, sendo “suficiente que o adquirente tenha tido a *possibilidade de tomar conhecimento*, não sendo necessário que tenha efectivamente tomado conhecimento das cláusulas da licença”, Rui Saavedra, *Software e a Internet*, p. 276, e n. 680).

Não obstante, para além da questão da formação do acordo, como também já referimos (v. *Contratos de ‘software’*, p. 185-6), põe-se uma outra, agora ao nível do controlo do conteúdo. Nos termos da al. d) do art. 19.º LCCG, são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais que “imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes”. Não deixa ser problemático saber se esta disposição, que fere de nulidade (art. 12.º) tais cláusulas, quer se incluam em contratos singulares celebrados com empresários ou com consumidores (art. 20.º), abrange estes casos. Todavia, deve notar-se que se trata de cláusulas relativamente proibidas (“cláusulas suspeitas” ou lista cinzenta), para as quais, o referente de convocação dos valores fundamentais de direito que informam o princípio da boa fé em face da situação particular e concreta, é o “quadro negocial padronizado” (arts. 17.º e 19.º; v. Pinto Monteiro, ROA 1986, p. 754-5; igual padrão de referência vale no âmbito do controlo preventivo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura e independentemente da sua inclusão prévia efectiva em contratos singulares, nos termos da acção inibitória prevista nos arts. 25.º *et seq.*). O que significa, que só após valoração judicial referida a este padrão poderá o tribunal pronunciar-se, no caso concreto, pela sua contrariedade à boa fé e, nessa medida, pela sua nulidade.

De todo o modo, é duvidoso, apesar de a questão ser algo *circulus vitiosis*, que as licenças *shrink-wrap* possam, tal como as deixámos caracterizadas, impor ao aderente uma ficção de aceitação ou de concordância com os termos e as condições da licença de utilização. Com efeito, o cliente, antes de abrir a embalagem que contém a cópia do programa, é avisado, pelo ‘selo’, da existência da licença, e prevenido a tomar conhecimento dos respectivos termos e condições, podendo a eles não aderir se com eles não concordar, devolvendo “de imediato o suporte lógico intacto, ao local onde o adquiriu para obter o reembolso completo” (*Acordo de Licença de Suporte Lógico Apple*, p. 22). Se, não obstante avisado e prevenido da existência e do conteúdo das condições gerais da licença de utilização, abrir a embalagem, o cliente expressa a sua concordância com os termos e condições de tal licença. Nessa medida, poderá ser sustentável não se tratar de uma ficção de aceitação. Nesse sentido parece apontar, aliás, o art. 234.º do Código Civil (“Dispensa de declaração de aceitação”): “Quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta” (v., ao nível da dogmática do negócio jurídico, corrigindo teleologicamente a terminologia legal, no sentido de que se trata de uma declaração negocial não receptícia nem endereçada, em conformidade com a adopção de um conceito amplo de declaração, P. Mota Pinto, *Declaração negocial e comportamento concludente*, p. 613-30, superando, assim, a doutrina que concebe ainda esta dispensa de declaração de aceitação como um enunciado tácito de aceitação, por contraposição à declaração expressa — v., por ex.,

apenas por fim a distribuição de cópias do programa ⁽¹⁰⁰⁶⁾. Fala-se a este respeito, na doutrina alemã, do princípio interpretativo da ‘cedência funcional’ (*Zweckübertragungsgrundsatz*), nos termos do qual, a autorização de utilização abrangerá todas e apenas as faculdades de utilização da obra necessárias à realização do fim a que essa autorização se destina. E, com efeito, parece este princípio subjazer ao critério constante do art. 5.º, 1, DPC, dizendo-se a propósito que “esta incorporação da doutrina da *Zweckübertragungstheorie* possibilita ao titular dos direitos poder prosseguir o seu interesse de participação por diversas maneiras” ⁽¹⁰⁰⁷⁾.

Contudo, importa realçar que esta norma se dirige, em primeira linha, à utilização intermediária do programa e não de uma sua cópia, ou seja, aos

Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado*, II, p. 793-4].

Assim, em conformidade com o art. 234.º CCiv, a abertura do selo-aviso seria uma conduta que, tornando “dispensável a declaração de aceitação” de acordo com a natureza ou circunstâncias deste tipo de negócios (senão mesmo com os usos), mostraria a intenção de aceitar a proposta constante da licença de utilização, não se tratando de uma ficção de aceitação. Sendo que a compreensão do art. 234.º CCiv, no caso das licenças *shrink-wrap*, pressupõe o entendimento de que o cliente não adquire do distribuidor quaisquer direitos de utilização da cópia do programa: a licença é-lhe concedida, não pelo distribuidor, mas sim pelo titular dos direitos, por exemplo, a *software-house*. O distribuidor limita-se, nomeadamente, a revender os exemplares que adquiriu junto do produtor, nos termos da respectiva licença de distribuição. Pelo que, não parece inaceitável sustentar a susceptibilidade de mobilização dos critérios prescritos no Código Civil para a venda a contento, *maxime* na segunda modalidade (v. art. 924.º CCiv), para regular, quanto a este ponto, o contrato de compra de venda celebrado entre o distribuidor e o cliente. Em suma, se o cliente não aceitar a proposta de licença de utilização da cópia do programa que lhe é dirigida pelo titular dos direitos, poderá resolver o contrato, *v. g.*, de compra de venda do exemplar, que celebrou, a contento, com o distribuidor.

⁽¹⁰⁰⁹⁾ Por outro lado, a última parte do art. 5.º, 1, DPC, parece ter um alcance mais vasto. Trata-se do problema de saber se a correcção de erros do programa poderá ser praticada por qualquer pessoa, ainda que, para o efeito, não tenha obtido uma licença de utilização do titular dos direitos. Ou seja, os actos de reprodução, tradução e adaptação do programa poderiam ser praticados por qualquer pessoa desde que necessários para a correcção de erros. Assim deverá ser, pois que “doutra maneira criava-se uma escravidão deste em relação ao titular dos direitos. Assim aconteceria por exemplo se a correcção de erros estivesse também dependente do consentimento do titular”. (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 344). O alcance da expressão “Salvo disposição em contrário”, será neste domínio aqui mais restrito, porquanto a licitude de tais actos não carecerá de autorização do titular dos direitos. Este não poderá proibir a prática desses actos nem àqueles a quem tiver concedido licença para, por exemplo, fins de distribuição de cópias, nem a outros operadores no mercado dos serviços de assistência e de manutenção

acordos em que o titular do direito permite a outrem participar no monopólio de exploração económica, que a sua qualidade lhe reserva em exclusivo. É, por isso, uma norma dispositiva. Já imperativa será, como vimos, aquela “disposição” que consta do preâmbulo, destinando-se a garantir a protecção do “utente legítimo” de uma cópia do programa. Com efeito, tendo sido adquirida licitamente uma cópia do programa, o utente não pode ser proibido de praticar as acções de carregamento e funcionamento necessárias à utilização dessa cópia, bem como a acção de correcção dos respectivos erros ⁽¹⁰⁰⁸⁾. Ora, ao que parece, o art. 5.º, 1, não se refere à utilização de uma cópia do programa, mas do próprio programa enquanto fonte de exploração económica. Estão, pois, em causa as licenças de utilização do programa para fins de exploração económica, isto é, as diversas licenças pelas quais o titular dos direitos autoriza outrem a participar no exclusivo de exploração económica do programa. Para estas mesmas licenças, o critério supletivo de determinação das faculdades ou actos que hão-de integrar, em concreto, o seu âmbito de utilização, é, como aí se dispõe, a necessidade de tais actos, quer para a utilização do programa pelo seu legítimo “adquirente” de acordo com o fim a que esse programa se destina, quer para a correcção de erros ⁽¹⁰⁰⁹⁾.

4. A segunda e terceira faculdades mínimas garantidas ao utente legítimo traduzem-se na execução de uma cópia de apoio, na medida em que tal seja necessário para a sua utilização, e na observação, estudo e ensaio do funcionamento do programa.

Relativamente à primeira, resulta da disposição segundo a qual, “o contrato não deve impedir a execução de uma cópia de apoio por uma pessoa que esteja autorizada a utilizar o programa na medida em que tal seja necessário para a sua utilização” ⁽¹⁰¹⁰⁾. Ou seja, o utente legítimo poderá executar

de programas, com os quais não tenha qualquer vínculo negocial. A corroborar este entendimento deve acrescentar-se, ainda, que como o titular dos direitos não pode proibir ao “adquirente” de uma cópia do programa a acção de correcção dos respectivos erros, o alcance da parte final do art. 5.º, 1, será justamente permitir que o “adquirente” da cópia não fique vinculado, para efeitos de correcção de erros, a um serviço de manutenção e assistência autorizado pelo titular dos direitos, podendo antes recorrer a quaisquer outros operadores neste mercado paralelo. Estes poderão praticar os actos necessários à correcção de erros daquelas cópias, sem que para o efeito careçam de “licença” do titular dos direitos sobre o programa.

Tratar-se-á, esta faculdade, verdadeiramente de uma das “excepções aos actos sujeitos a autorização”, como refere a epígrafe do art. 5.º, encontrando justificação, diríamos, no princípio da protecção do utente e, ao mesmo tempo, no princípio da protecção e

uma cópia de apoio do programa na medida em que tal seja necessário para a sua utilização. E há casos em que efectivamente a execução da cópia de apoio (*back-up copy*) do programa poderá não ser estritamente necessária para a sua utilização: pense-se no *firmware* ⁽¹⁰¹¹⁾.

Por outro lado, parece que, não obstante ser nula a cláusula que proíba a realização dessa cópia de apoio, se essa mesma cópia de apoio tiver sido fornecida ao utente, já este não a poderá executar. Com efeito, apenas na medida em que a execução de uma cópia de apoio seja necessária para a utilização por uma pessoa que se encontra autorizada a utilizar o programa, não deverá ser impedida pelo contrato. Ou seja, a operação de realização da cópia não deve ser proibida pela autorização contratual de utilização se e na medida em que seja necessária para esta utilização.

Por outras palavras, a execução de *uma* cópia de apoio pelo legítimo utilizador do programa pode ser realizada apenas e na medida em que tal seja necessário para a sua utilização. E, embora a disposição contratual que a proíba seja considerada nula, já o mesmo não sucederá quando o titular dos direitos sobre o programa forneça ele mesmo essa cópia de apoio ⁽¹⁰¹²⁾. Pois que, então, a *execução* de *uma* cópia de apoio pelo utilizador legítimo já não será necessária para a utilização do programa ⁽¹⁰¹³⁾.

Em suma, a reprodução-cópia não se deverá considerar, em princípio, incluída no conteúdo da autorização de utilização de uma cópia de um programa de computador, quer se trate, em último termo, de utilização limitada à necessária reprodução técnica de um programa e à correcção dos respectivos erros, quer se trate de utilização de âmbito a aferir segundo o fim a que se destina, excepto na medida em que seja necessária para a sua utilização (e ainda aqui limitada à execução de *uma* cópia de apoio, e sob pena de nulidade da estipulação contratual em contrário ⁽¹⁰¹⁴⁾), e, sendo-o, o titular dos direitos sobre o programa não tenha fornecido ao legítimo utilizador a necessária cópia de apoio.

A terceira faculdade mínima garantida ao utente legítimo encontra-se prevista no art. 5.º, 3, DPC, nos termos do qual: "Quem tiver direito a utilizar uma cópia de um programa pode, sem necessidade de autorização do

promoção da livre concorrência neste sector, que são dois dos princípios que informam o regime consagrado pelo legislador comunitário. Todavia, já será duvidoso que a liberdade de correcção de erros possa ser exercida pela prática de descompilação, ao menos na medida em que tal se traduza numa operação de manutenção que afecte o interesse de participação do titular de direitos (v. Lehmann, *Richlinie über den Schutz von*

titular do direito, observar, estudar ou testar o funcionamento do programa a fim de apurar as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento do programa quando efectuar operações de carregamento, de visualização, de execução, de transmissão ou de armazenamento, em execução do seu contrato." A *ratio* deste preceito é permitir a livre troca das ideias, promovendo-se a sua investigação, através da realização da chamada *black box analysis* ⁽¹⁰¹⁵⁾.

Importa referir, porém, que esta investigação das ideias só será lícita se efectuada, como se dispõe *in fine*, "em execução do seu contrato". O que significa que esta liberdade de investigação será tanto maior ou menor consoante as operações que ao utente sejam lícitas praticar nos termos da respectiva licença de utilização. Isto mesmo se encontra sublinhado, considerando-se que "as pessoas que têm direito de utilizar um programa de computador não podem ser impedidas de realizar os actos necessários de observação, estudo ou teste de funcionamento do programa, desde que estes actos não infrinjam os direitos de autor em relação ao programa" (cons. 18). No entanto, é problemático saber se as operações de *clean-room* e de descompilação poderão ser efectuadas para fins de investigação das ideias, constituindo, nessa medida, infracções aos direitos de autor relativos ao programa.

A diferença de conteúdos entre as diversas autorizações de utilização repercute-se também nesta norma. Para além de ser também imperativa ⁽¹⁰¹⁶⁾, permite ao utilizador legítimo de uma cópia de um programa — sem necessidade de autorização do titular do direito —, observar, estudar ou testar o funcionamento do programa a fim de apurar as ideias e os princípios subjacentes a qualquer elemento do programa quando efectuar operações de carregamento, de visualização, de execução, de transmissão ou de

Computerprogrammen, p. 18). Porém, sendo a faculdade de correcção de erros imperativamente incluída no âmbito mínimo das licenças de utilização, parece que, nessa medida, não afectará tal interesse. Note-se, ainda, que estas acções de correcção de erros não são de confundir com aquelas operações justificadas pelo acima referido critério do "fim de destinação", embora tenham alguns pontos de contacto, porquanto se situam naquele mercado de serviços de manutenção e assistência.

⁽¹⁰¹⁰⁾ Art. 5.º, 2, sendo nula a cláusula em contrário, art. 9.º, 1, 2.ª parte, DPC.

⁽¹⁰¹¹⁾ Neste sentido, Czarnota/Hart, *Legal Protection*, p. 68.

⁽¹⁰¹²⁾ Assim, Lehmann, NJW 1993, p. 1823; Vivant, JCP 1994, p. 436; Ristuccia/Zeno-Zencovich, DII 1994, p. 251.

⁽¹⁰¹³⁾ Sobre a preparação de uma proposta comunitária relativa à cópia privada, Dietz, *Directive on private copying*, p. 217 s.

⁽¹⁰¹⁴⁾ Em face do § 53 IVb 2 UrhG sustenta-se que se trata de uma licença implícita

armazenamento. Porém, só o pode fazer, como se refere expressamente na parte final, “em execução do seu contrato”. O que significa, desde logo, que a livre troca das ideias ⁽¹⁰¹⁷⁾, não é possibilitada senão se efectuada no exercício de uma faculdade contida no *licere* da respectiva autorização de utilização. Ou seja, esta investigação que se visa promover apenas será lícita se efectuada pela prática de actos autorizados de utilização ⁽¹⁰¹⁸⁾, ou seja, desde que estes actos de observação, estudo ou teste do funcionamento do programa não infrinjam os direitos de autor em relação ao programa.

Será, como refere o Prof. Oliveira Ascensão, “um mínimo, sem o qual a finalidade do negócio ficaria frustrada” ⁽¹⁰¹⁹⁾. E assim é, tanto mais que o acesso ao conteúdo-ideativo funcional do programa é, por esta via, restrito às ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento do programa, não sendo admitido o acesso aos algoritmos e à lógica do programa senão nos termos restritos das regras da descompilação. Ou seja, esta norma restringe a análise do programa de duas maneiras: primeira, na medida em que se traduza em actos de execução do contrato; segunda, se se limitar às ideias e princípios do programa. Relacionando-a com as regras da descompilação, verificamos que a engenharia regressiva já não é admitida como um método de análise, observação e estudo do programa ⁽¹⁰²⁰⁾.

AB VNO AD OMNES

(*stillschweigenden Lizenz*: Lehmann, NJW 1991, p. 2115, n. 46). No direito italiano fala-se também em autorização implícita (Ristuccia/Zeno-Zencovich, DII 1994, p. 250).

⁽¹⁰¹⁵⁾ Cf. Vinje, CL&P 1992, p. 8; Cassotana, CI 1993, p. 1257.

⁽¹⁰¹⁶⁾ Art. 5.º, 3, e art. 9.º, 2, *in fine*, DPC.

⁽¹⁰¹⁷⁾ Sustenta-se, com efeito, que esta norma destina-se a promover a livre troca de ideias, que, tal como os princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa, incluindo as respectivas *interfaces*, não são protegidos (v. Lehmann, NJW 1991, p. 2115: “freien Austausch der Ideen”), encontrando paralelo no direito das patentes (art. 64.º da Convenção de Munique relativa à Patente Europeia — CPE).

⁽¹⁰¹⁸⁾ Refere-se a este propósito, embora o ponto seja duvidoso, que não são permitidas a reprodução-cópia e a descompilação do programa para este fim de “estudo das ideias” (Zeno-Zencovich, DII 1992, p. 32). Já abrangerá, porém, a chamada *black box approach* ou *black box analysis*; isto é, as operações de “analyse des traces, les tests d’exécution et les clichés de memoire” (Vinje, DIT 2/1992, p. 17).

⁽¹⁰¹⁹⁾ Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 345.

⁽¹⁰²⁰⁾ Cfr. Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 159-60.

5. Relativamente às bases de dados, definidas as faculdades positivas que integram o conteúdo do direito de autor, o legislador comunitário consagrou, depois, limites aos actos sujeitos a restrições, ou seja, delimitou negativamente o conteúdo do direito de autor sobre bases de dados. Estas excepções representam os chamados direitos mínimos do utilizador legítimo, bem como, assim, outras faculdades de utilização livre das bases de dados em nome do interesse geral. Ou seja, por um lado, salvaguarda-se a posição do utilizador legítimo de bases de dados, garantindo-lhe, imperativamente, direitos mínimos de utilização. Por outro, restringe-se o direito exclusivo do autor, permitindo-se a utilização livre das bases de dados, em atenção a exigências de interesse geral.

Assim, para começar, dispõe o art. 6.º DBD que “o utilizador legítimo de uma base de dados ou das suas cópias pode efectuar todos os actos enumerados no art. 5.º, necessários para aceder ao conteúdo da base de dados e para a utilizar [ou na parte em que estiver autorizado] em condições normais sem autorização do autor da base.” Acresce que esta disposição tem carácter imperativo, uma vez que, nos termos do art. 15.º DBD, “é nula qualquer disposição contratual contrária ao n. 1 do art. 6.º”

Esta norma imperativa, que visa acautelar os interesses do utilizador legítimo de uma base de dados, justifica-se, uma vez que encontra a sua justificação na consideração segundo a qual, tendo o titular do direito “optado por colocar um exemplar da base de dados à disposição de um utilizador, quer através de um serviço em linha ou de outros meios de distribuição, esse utilizador legítimo deverá poder aceder à base de dados e utilizá-la para os fins e da forma previstos no contrato de licença celebrado com o titular do direito, mesmo se esse acesso e essa utilização implicarem a necessidade de executar actos em princípio sujeitos a restrições” (1021).

(1021) Cons. 34. Na proposta de directiva considerava-se expressamente que, “no caso de o utilizador e o titular do direito não terem celebrado um acordo regulamentando a utilização da base de dados se deverá presumir ser lícito ao utilizador legítimo executar os actos objecto de restrição necessários para aceder à base de dados e utilizá-la” (cons. 25). Tratar-se-ia de uma situação semelhante ao caso regulado na directiva programas de computador em que são garantidos direitos mínimos de utilização na ausência de cláusulas contratuais específicas. Em harmonia com este entendimento, o art. 6.º, 2, Proposta DBD, dispunha que, “na ausência de disposições contratuais entre o titular do direito e o utilizador de uma base de dados em matéria de utilização, a execução pelo adquirente legítimo de uma base de dados dos actos [que integram o direito exclusivo do autor] não carece de autorização do titular do direito sempre que estes actos sejam necessários para

Por outras palavras, o utilizador legítimo de uma base de dados será a pessoa a favor de quem foi licitamente, pelo titular do direito ou com o seu consentimento, colocada à disposição um exemplar de uma base de dados, seja em linha, seja através de outros meios de distribuição. Nessa medida, enquanto titular do direito de utilizar a bases de dados, pode praticar todos os actos, em princípio reservados em exclusivo ao titular do direito, necessários ao acesso e à utilização dessa base de dados, em condições normais de acordo com o fim e a forma previstos na licença, que não poderão impedir o utilizador de aceder à base de dados e de a utilizar.

Por outro lado, gozam os Estados-membros da possibilidade de preverem restrições ao direito exclusivo sempre que se trate de: 1.º reprodução para fins particulares de uma base de dados não electrónica; 2.º utilização feita exclusivamente com fins de ilustração científica, desde que indique a fonte, na medida em que isso se justifique pelo objectivo não comercial a prosseguir — considerando-se que o termo investigação científica diz respeito tanto às ciências naturais como às ciências humanas; 3.º utilização para fins de segurança pública, ou para efeitos de um processo administrativo ou judicial; 4.º outras excepções ao direito de autor tradicionalmente previstas no direito interno dos Estados-membros, a saber, nomeadamente, o chamado direito de citação, que se sugere ao considerar-se que “a directiva não prejudica o disposto no n.º 1 do art. 10.º da Convenção de Berna” ⁽¹⁰²²⁾.

AB VNO AD OMNES

aceder ao conteúdo da base de dados e a utilizar”. Sobre o contrato de utilização de bases de dados, v. Moufang, *Datenbankverträge*, p. 581 s., *Information als Vertragsgegenstand*, p. 221 s.; Ebnet, *Der Informationsvertrag*, p. 44 s., 100 s., 132 s.

⁽¹⁰²²⁾ Art. 6.º, 2, cons. 36 e 37, DBD. Alguns autores sustentam que a lista de restrições que os Estados-membros podem prever é, para além de facultativa, também exaustiva, isto é, a liberdade dos Estados-membros na transposição da directiva limitar-se-á a optar ou escolher dentro do *menu* fornecido as restrições que considerarem adequadas à sua ordem jurídica interna (no sentido de que se trata de uma lista opcional e exaustiva, Strowel/Triaille, *Le droit d'auteur*, p. 274). Parece-nos, no entanto, mais correcto dizer que esta lista de excepções é aberta às excepções ao direito de autor tradicionalmente previstas nos Estados-membros, embora já seja fechada no que respeita à instituição de novas excepções. Além disso, parece não permitir a manutenção da excepção para cópia privada, se se tratar de bases de dados electrónicas (neste sentido, Mallet-Poujol, DIT 1996, p. 8; Lehmann, NJW-CoR 1996, p. 250).

Todavia, já parece admitir o chamado direito de citação, como indica a referência ao art. 10.º, 1, da Convenção de Berna, e que reveste especial importância no domínio do direito *sui generis*. A proposta de directiva referia-se expressamente ao direito de citação, considerando que, “não obstante o direito de oposição à extracção desleal do conteúdo de

De notar, porém, que se trata de excepções ao direito de autor sobre bases de dados, que, como vimos, incide sobre a estrutura da selecção ou disposição das matérias, isto é, sobre a forma de expressão da base e não sobre o seu conteúdo. Com efeito, a previsão de uma lista de excepções aos actos sujeitos a restrições é considerada conveniente, em virtude de o direito de autor a que se refere a directiva “apenas ser aplicável à selecção ou disposição das matérias contidas numa base de dados”, conferindo-se, deste modo, aos Estados-membros a faculdade de, em certos casos, preverem as referidas excepções.

Isso não significa, contudo, que os termos do exercício desta faculdade sejam deixados ao arbítrio dos legisladores nacionais, uma vez que “esta faculdade deve ser utilizada de acordo com a Convenção de Berna e na medida em que essas excepções se refiram à estrutura da base de dados”,

uma base de dados, o utilizador legítimo deve ter uma possibilidade de citar ou de alguma forma utilizar, para efeitos comerciais ou privados, o conteúdo da base de dados que está autorizado a utilizar, desde que esta excepção fique sujeita a limites estritos e dela não seja feito um uso contrário à exploração normal da obra pelo seu autor ou que prejudique injustificadamente os seus interesses legítimos” (cons. 37). A referência expressa a este direito foi omitida na versão final, não restando dela, senão, uma referência indirecta por remissão para o art. 10.º, 1, da Convenção de Berna. Não obstante, foi igualmente suprimido o reconhecimento expresso do direito de citação a favor do autor da base de dados. Na verdade, dispunha-se na proposta que “a incorporação numa base de dados de material bibliográfico ou de breves extractos, citações ou resumos que não substituem as próprias obras originais não carecem de autorização do titular do direito sobre estas obras” (art. 4.º, 1, Proposta DBD).

No direito comparado, é de referir, não obstante, que a jurisprudência francesa tende a fazer uma interpretação ampla do direito de citação em benefício dos autores de bases de dados (v. arrêt *Microfor/Le Monde*, 30-10-1987, Cour de cassation, D. 1988, p. 21; para diversas decisões relativas a resumos, v. Bertrand, *Le droit d'auteur*, p. 455). Um direito de citação amplamente concebido reveste especial importância para as empresas que prestam serviços de informação, conhecidos por “recortes de imprensa” (sobre o ponto, v. Loewenheim, GRUR 1996, p. 636 s.). Especial menção merecem a este propósito as decisões do BGH “CB-Infobank” I e II, de 16 de Janeiro de 1997, considerando que os serviços de informação e de pesquisa constituiriam uma forma de exploração económica das obras que não estaria isenta de protecção pela excepção para arquivo [§ 52 (2,4) UrhG], nem seriam justificadas por um interesse geral de informação, na medida em que as operações de reprodução e de distribuição fossem praticadas por empresas de prestação de serviços (sobre a questão, v. Katzenberger, AfP 1997, p. 434; Nordemann/Schierholz, AfP 1998, p. 365). De referir que as empresas de análise de media têm propugnado no sentido da instituição de uma licença obrigatória para estas actividades (v. Colabianchi, *Una licenza obbligatoria per le agenzie di clipping*, p. 63 s.).

dispondo-se expressamente dever a interpretação destas excepções aos actos sujeitos a restrições ser feita de acordo com a Convenção de Berna, em termos de o art. 6.º não poder “ser interpretado no sentido de permitir a sua aplicação de uma forma que cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular dos direitos ou que prejudique a exploração normal da base de dados” (1023).

Vale isto por dizer que, dentro deste grupo de casos de utilização livre, se bem que se enquadre o direito de citação, já a admissibilidade da cópia privada de bases de dados electrónicas se apresenta deveras problemática. O art. 9.º, 2, da Convenção de Berna a isso parece não se opor (1024), tanto mais que o seu sentido foi recentemente esclarecido pelas Declarações Acordadas aos Tratados OMPI no sentido de abranger a reprodução digital. Todavia, o legislador comunitário só admitiu expressamente a reprodução para fins particulares de bases de dados não electrónicas. Donde, por interpretação *a contrario*, parece claro que a reprodução para fins particulares de bases de dados electrónicas é excluída. Neste sentido, diz-nos Cornish que, “qualquer excepção para uso privado deve ser confinada ao direito de autor relativo a bases de dados não electrónicas. Isto modifica concepções antigas sobre o uso privado que se aplicaram na maior parte dos sistemas de *droit d’auteur*. (Uma consequência poderá ser deixar de ser admissível a introdução nesta esfera de um sistema de taxas relativas a perdas de receitas para uso doméstico)” (1025).

Todavia, poder-se-ia sustentar tratar-se de uma lacuna voluntária no que toca à cópia privada de bases de dados electrónicas, que se justificaria, porventura, pela circunstância de se encontrar em preparação uma directiva sobre a cópia privada. Mas o argumento histórico parece opor-se a essa interpretação, uma vez que foi afastado o entendimento inicial constante da proposta de directiva, prevendo a sua admissibilidade, “desde que tal utilização seja compatível com práticas equitativas” (art. 7.º, 1, Proposta DBD).

De notar, por último, que a distinção operada entre utilização privada e reprodução para fins privados também não esclarece o problema da

(1023) Art. 6.º, 3, e cons. 35 DBD.

(1024) E tanto não se opõe, que, por ex., o nosso legislador, no exercício da faculdade concedida pelo art. 9.º, 2, da Convenção de Berna, consagrou a licitude da reprodução para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra, não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor nem possa ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização (art. 81.º-b, CDADC).

(1025) Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*, p. 438.

(1026) Cons. 35, *in fine*, DBD. Refira-se a este propósito que no direito alemão foi

admissibilidade da reprodução para fins privados de bases de dados electrónicas. Na verdade, o legislador comunitário limita-se a considerar, com utilidade no domínio da chamada compensação pela cópia privada, que “é conveniente distinguir as excepções feitas ao abrigo da utilização privada, das excepções feitas ao abrigo da reprodução para fins privados, dizendo este último domínio respeito à disposições de direito interno dos Estados-membros em matéria de tributação de suportes virgens ou de aparelhos de gravação” (1026).

6. Mas parece, na verdade, que a cópia privada de bases de dados electrónicas não é permitida. Essa é, pelo menos, a orientação a nível comunitário. Na Proposta recentemente apresentada considera-se que: “As directivas enumeram de forma exaustiva as excepções autorizadas. Não é permitida a cópia privada de programas de computador e de bases de dados electrónicos” (1027).

A razão de ser da proibição da cópia privada prende-se com o facto de que “as excepções para as cópias privadas foram pensadas para obras armazenadas por sistemas analógicos. Os livros, discos, fotografias, quadros, etc., não podem ser facilmente copiados por utilizadores privados, uma vez que não terão as condições para reproduzir a sua cópia de obra e distribuí-la ao público. Além de que as cópias normalmente têm menor qualidade do que o original, podendo-se distinguir facilmente deste. / A situação muda radicalmente com a digitalização, uma vez que pode haver reprodução em larga escala do original, com uma perfeição tal que a cópia não se distingue daquele. O que significa que a linha de fronteira entre a pirataria comercial e a cópia feita para uso privado perde nitidez” (1028).

recentemente proposta a extensão da compensação remuneratória (§§ 54, 54a UrhG) devida pela cópia privada através da imposição de uma taxa na comercialização de disquetes, discos duros, impressoras, modems e, de um modo geral, sistemas informáticos (v. Schriker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 179). Entre nós, a Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, excluiu expressamente do seu âmbito de aplicação os programas de computador, as bases de dados constituídas por meios informáticos, bem como os equipamentos de fixação e reprodução digitais e correspondentes digitais (art. 1.º, 2).

(1027) Proposta, p. 15.

(1028) Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 215 (acrescentando com base no Livro Verde 1995 que “a justificação da legalidade da cópia privada digital deve ser revista à luz do facto de que a técnica permite controlar, tornar impossíveis ou limitar este tipo de cópias” —, p. 216).

(1029) Cfr. Reinbothe, ZUM 1988, p. 433.

Para além daquele esclarecimento, a harmonização comunitária das limitações e excepções aos direitos exclusivos é objecto da Proposta em termos gerais, e não apenas para tipos especiais de obras (ou outro material protegido). Segue esta Proposta a orientação geral de, por aludida imposição dos novos Tratados OMPI, alterar certas limitações estabelecidas a nível comunitário e a nível nacional para se conformarem com esses Tratados.

Todavia, deixa-se expresso que a harmonização não afectará as disposições comunitárias relativas à protecção jurídica dos programas de computador e das bases de dados (art. 1.º, 2), ou seja, nomeadamente, não é admitida a cópia privada de programas de computador e de bases de dados. Assim é tanto mais que, por referência ao art. 10.º, o acervo comunitário só é alterado mediante prescrição expressa ⁽¹⁰²⁹⁾.

Consideremos atentamente os termos em que se propõe a harmonização comunitária das limitações e excepções aos direitos exclusivos. “No que se refere à estrutura, o art. 5.º [da Proposta] estabelece uma lista exaustiva das excepções autorizadas. Os Estados-membros não podem assim prever quaisquer outras excepções para além das enumeradas. [...] No que se refere às excepções opcionais, os Estados-membros terão a liberdade de optar por manter ou introduzir estas excepções a nível nacional [...] deixando[-lhes] uma margem de manobra suficiente para manterem as suas tradições jurídicas e culturas nacionais” ⁽¹⁰³⁰⁾.

Ou seja, parece que as excepções são taxativamente tipificadas, não podendo os Estados-membros acrescentar mais nenhuma, e limitando-se a escolher, dentro do *menu* disponível pré-definido, quais as que se adaptam às suas tradições nacionais. Esta leitura é confirmada pelas palavras de Dietz, que, num primeiro comentário à Proposta, escreve que se trata de um “catálogo exaustivo de excepções permitidas; os Estados-membros não podem por isso prever mais nenhuma excepções do que as estabelecidas. Nessa medida o catálogo dos limites é pois obrigatório” ⁽¹⁰³¹⁾. Analisemos, então, as excepções que os Estados-membros poderão adoptar ou conservar.

Relativamente ao direito de reprodução (art. 5.º, 2), para além dos actos de reprodução tecnicamente necessários, permite-se, para começar, a manutenção ou introdução de uma excepção para a reprografia, isto é, “as técnicas que permitem o fac-simile ou, por outras palavras, uma impressão em suporte de

⁽¹⁰³⁰⁾ Proposta, p. 30-31.

⁽¹⁰³¹⁾ Dietz, ZUM 1998, p. 446.

⁽¹⁰³²⁾ Proposta, p. 33.

papel”, não sendo a remuneração obrigatória. Depois, permite-se a manutenção ou introdução de excepções para as reproduções de material audio e audiovisual efectuadas por uma pessoa singular para uso privado (cópia privada) e sem fins comerciais, independentemente da tecnologia utilizada ser analógica ou digital.

Todavia, considera-se que o “uso privado deve ser entendido em sentido restrito. Uma cópia privada de um fonograma, por exemplo, por uma pessoa para utilização estritamente pessoal é naturalmente abrangida neste domínio. Refere-se igualmente que a cópia privada não deve ter fins comerciais. Este aspecto garante que a reprodução se limita a um contexto privado, constituindo de outra forma um acto de pirataria” (1032).

Esta abordagem relativamente à admissibilidade da cópia privada, quer analógica, quer digital, assenta em duas razões: 1.^a a circunstância de a tecnologia digital tornar possível aos consumidores, em princípio, a realização de cópias privadas, rápidas e múltiplas de grande qualidade; 2.^a a expectativa de a tecnologia digital permitir um controlo efectivo da cópia privada e a substituição dos regimes de remuneração por soluções de licenças individuais em desenvolvimento (no contexto da gestão electrónica), pelo menos no ambiente em linha (1033); 3.^a, prevê-se uma excepção em relação a actos específicos de reprodução praticados por estabelecimentos acessíveis ao público, que não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial directa ou indirecta, tais como as bibliotecas públicas.

Contudo, entende-se que não se trata de uma isenção de todos os actos de reprodução, tendo antes os Estados-membros, de acordo com o critério dos três, que identificar certos casos especiais de reprodução, tais como a cópia de obras que já não se encontrem disponíveis no mercado. Por outro lado, afirma-se que esta excepção não se aplica ao direito de comunicação ao público, por exemplo, pela colocação à disposição na Internet de uma obra por uma biblioteca a partir de um servidor a utilizadores em linha, uma vez que estaria em muitos casos em concorrência com as entregas comerciais em linha desse material (por ex., de carácter literário ou audiovisual) (1034). Isto significa, numa palavra, que “em todos estes domínios [não cobertos pela

(1033) Criticando a solução de tratar o problema da cópia privada neste contexto, ao invés de lhe ser dedicada uma directiva autónoma, Dietz, ZUM 1998, p. 447; sobre a anunciada directiva cópia privada, Cornish, GRUR Int. 1997, p. 306.

(1034) Proposta, p. 33-35.

(1035) Reinbothe, ZUM 1998, p. 435.

excepção] devem as bibliotecas procurar obter licenças junto dos respectivos titulares de direitos” (1035).

Para além destas excepções apenas aplicáveis ao direito de reprodução, são ainda previstas outras que valem, também, para o direito de comunicação ao público, ou seja, aplicam-se ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público (art. 5.º, 3). São actos que não prosseguem objectivos comerciais, destinando-se antes a prosseguir actividades de interesse geral.

Primeiro, a utilização unicamente para fins de ilustração para efeitos de ensino ou investigação científica, desde que a fonte seja indicada e na medida justificada pelo objectivo não comercial prosseguido, abrangendo não apenas as formas tradicionais de utilização, como a impressão ou a radiodifusão, mas também utilizações no contexto da entrega em linha a pedido. Segundo, as utilizações a favor de pessoas com deficiências visuais ou auditivas que estejam directamente relacionadas com a sua deficiência e que apresentem carácter não comercial. Terceiro, a utilização de fragmentos em relatos de acontecimentos de actualidade, desde que a fonte seja indicada e na medida justificada pelas necessidades de informação. Quarto, as citações para fins de crítica ou análise desde que relacionadas com uma obra ou outro material, já licitamente tornado acessível ao público, desde que a fonte seja indicada e sejam efectuadas de acordo com os bons costumes e na medida justificada pelo fim a atingir. Quinto, a utilização para efeitos de segurança pública ou para efeitos do bom desenrolar de processos administrativos ou judiciais.

De referir, por último, que tal como sucede para as excepções aplicadas exclusivamente ao direito exclusivo de reprodução, a margem de manobra de adopção pelos Estados-membros das excepções previstas taxativamente ao direito de comunicação ao público é ainda limitada pelo critério dos três, nos termos do qual estas excepções só podem ser aplicadas a certos casos especiais e não podem ser interpretadas no sentido de poderem ser aplicadas de forma a prejudicar de modo injustificável os legítimos interesses dos titulares dos direitos ou que obste à exploração normal das suas obras ou outro material.

Retomam-se, deste modo, os princípios da Convenção de Berna (art. 9.º, 2), também seguidos no Acordo ADPIC (art. 13.º) e nos dois novos Tratados OMPI (arts. 10.º e 16.º, respectivamente). Sendo que, como refere Dietz, “a concreta aplicação e interpretação desta cláusula geral [...] deverá ficar deixada à jurisprudência” (1036).

(1036) Dietz, ZUM 1998, p. 448.

(1037) Spoor, *Economic rights involved*, p. 47.

7. Numa breve apreciação cumpre referir, desde logo, que esta proposta harmonização comunitária das exceções aos direitos exclusivos vai retirar aos Estados-membros a liberdade de adequarem os contornos destes direitos à sua política de informação, de educação e de investigação científica, *maxime* no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede; fins estes ao serviço dos quais o direito de autor tradicionalmente também se encontra. Por outro lado, mantém a proibição da cópia privada para os programas de computador e as bases de dados, conservando um regime de favor em relação a estas tecnologias da informação.

Não obstante, a lógica subjacente a estas directivas transparece claramente na Proposta agora apresentada, no sentido de tudo proibir e, excepcionalmente, permitir determinadas utilizações, em certos casos especiais e na medida em que não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses dos titulares de direitos nem obstem à exploração normal das suas obras ou outro material. A própria utilização privada parece ficar condicionada a uma qualquer autorização por parte do titular de direitos, que não deixa de ficar investido no poder de entrar na esfera de privacidade dos utilizadores para controlar a licitude dos usos privados.

Mas mais do que isso, a Proposta retira aos Estados-membros a possibilidade de adoptarem as exceções adequadas no ambiente digital, ao contrário do que as linhas interpretativas dos Tratados OMPI expressamente ressaltavam. Vincula os Estados-membros a um *menu* de tipos taxativos de exceções, a um catálogo fechado de limites, não lhes permitindo ir mais além, na adequação do direito de autor aos seus fins de política de informação, cultura, educação, ensino, investigação.

Os Tratados OMPI reconhecem às Partes Contraentes a liberdade de manutenção das exceções tradicionais e de adopção de novas exceções adequadas ao ambiente de rede digital. Com efeito, lê-se nas Declarações Acordadas relativas ao art. 10.º do Tratado OMPI sobre direito de autor (o mesmo valendo *mutatis mutandis* para o art. 16.º do Tratado OMPI sobre direitos conexos), que “é entendido que os preceitos do art. 10.º permitem às partes contraentes manter e estender apropriadamente no ambiente digital as limitações e exceções das suas legislações nacionais que tenham sido consideradas aceitáveis segundo a Convenção de Berna. De igual modo, estas disposições devem ser interpretadas no sentido de permitir às Partes Contraentes introduzir novas exceções e limitações que sejam apropriadas ao ambiente de rede digital.”

Esta salvaguarda estabelecida a nível internacional é, assim, retirada por uma Proposta que, ainda que se dizendo informada pelo princípio da

subsidiariedade, acaba por uniformizar a nível europeu as excepções e limites aos direitos exclusivos, retirando aos Estados-membros a liberdade que aqueles tratados garantiam. Tanto mais que as Declarações Acordadas pela Conferência Diplomática estavam em linha de conformidade com alguma jurisprudência ao nível dos Estados-membros, sendo de destacar o julgamento do Supremo Tribunal Holandês (caso *Dior*, 20 de Outubro de 1995), em que “foi sustentado que os tribunais também poderiam elaborar excepções ao direito de autor em situações que possivelmente os órgãos legislativos não poderiam ter antecipado, na medida em que tais excepções estivessem em linha com as existentes” (1037).

Mas a Proposta parece ir mais longe, deixando em aberto a subsistência de excepções tradicionais. Estamos a pensar na excepção para fins de arquivo que a nossa lei, em certos termos, consagra (art. 75.º-*d* CDADC). Prevê-se, é verdade, uma excepção em relação a actos específicos de reprodução praticados por estabelecimentos acessíveis ao público, que não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial directa ou indirecta, tais como as bibliotecas públicas.

Nessa medida, parece que os centros de arquivo e de documentação sem fins comerciais poderão ser assimilados ao exemplo das bibliotecas públicas com que o *memorandum* ilustra o termo estabelecimento acessível ao público. Tal não seria portanto uma interpretação do art. 5.º, 2-*c*, da Proposta contrária à regra dos três. Não obstante, o ponto não é claro, deixando-se a questão em aberto e espaço para uma maior liberdade de interpretação. Mas, num tempo que se vem caracterizando pelo *Diktat* da “caça às excepções”, melhor teria sido seguir a velha máxima *in claris non fit interpretatio*.

Se a isto juntarmos que, no seu processo de “acentuação dos aspectos comerciais e económicos do direito de autor” (1038), o Acordo ADPIC instituiu a OMC como supervisor das políticas nacionais de propriedade intelectual e como foro para resolver as disputas entre os países sobre legislação relativa à propriedade intelectual, resulta que o grau de discricionariedade dos Estados-membros de modelar as suas leis sobre direitos de autor serão duplamente limitadas. Com efeito, o Acordo ADPIC permite que um país cujas indústrias de *copyright* sejam afectadas por limitações aos direitos de autor estabelecidas noutro país possa recorrer à OMC por causa disso, a qual poderá adoptar medidas se a queixa for justificada.

(1038) Bercovitz, *El Acuerdo TRIPS*, p. 883.

(1039) Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 179.

Ora, como forma de aliviar esta forma de controlo a Conferência de Genebra poderia permitir a manutenção das antigas e a introdução de novas excepções adequadas no ambiente digital em rede. Em face da Proposta, não é claro que a excepção tradicional para fins de arquivo possa ser mantida.

O que é grave, pois que em causa está a preservação da herança e da memória cultural. A concepção proposta parece relegar ao mercado a preservação de produtos de informação, ao invés de regular o material protegido pelo direito de autor em termos de preservação da memória histórica e cultural.

Na Alemanha, foi proposta uma alteração nos termos da qual, “no § 53, 1 e 2 (1,2), UrhG deve ser tornado claro que a reprodução digital, isto é, a produção de um exemplar digital de reprodução para uso privado e para uso científico próprio é livre e que também a excepção num arquivo digital para uso privado e científico próprio num determinado círculo é permitida sem necessidade de autorização” (1039).

Já antes nos EUA se tinha questionado se as normas de reprodução para arquivo se poderiam aplicar às obras em forma digital, concluindo-se que “esta excepção não permite a preservação sob forma electrónica ou digital” (1040). Assim, neste país, a preservação sob forma digital não seria permitida, cabendo aos editores e outros titulares de direitos a prossecução desse interesse público de preservação sob forma digital, os quais, todavia, poderiam não estar muito inclinados para o efeito. Mas a importância do direito de autor como instrumento de preservação da herança cultural tem sido objecto de discussão neste país. Tanto mais que, ao invés de ter sido proposta uma alteração legislativa, os documentos oficiais limitaram-se a apresentar uma recomendação no sentido de “expandir a isenção de modo a que a cópia digital através de bibliotecas e arquivos fosse permitida em certas circunstâncias”, entendendo-se que “a lei deve preservar o papel das bibliotecas e arquivos na era digital [porquanto] são os garantes do saber colectivo e devem ser capazes de fazer uso da tecnologia digital para preservar a herança da Nação e o estudo. Por isso, o Grupo de Trabalho recomenda que as isenções de biblioteca sejam alteradas: (1) para integrar a realidade da biblioteca informatizada permitindo a preparação de três cópias de obras em forma digital, sem mais do que uma cópia em utilização a qualquer momento (enquanto as outras estão arquivadas); (2) reconhecer que a utilização da *copyright notice* numa obra publicada de uma obra deixa de ser obrigatória; e (3) autorizar a produção de

(1040) NII White Paper, p. 86

(1041) NII White Paper, p. 227 (recomendava-se, ainda, que, por referência às leis

cópias digitais para fins de preservação” (1041).

Trata-se, porém, de uma mera recomendação, que contrasta claramente com o teor da proposta de legislação apresentada no sentido de proteger, preventivamente, os interesses dos titulares de direitos através, nomeadamente, da proibição de importação, produção ou distribuição de dispositivos de contornamento de medidas tecnológicas de protecção de material protegido. Além disso, na Conferência sobre *Fair Use* (CONFU), a questão também não foi resolvida no sentido de uma pronúncia favorável à excepção para arquivo. Como se pode ler no respectivo relatório, “o processo CONFU resultou no desenvolvimento de linhas de orientação de *fair use* para as imagens digitais, alguns aspectos de linhas de orientação *fair use* para ensino à distância, linhas de orientação *fair use* para o multimedia educativo, e a adopção de uma declaração de cenários respeitantes à utilização de programas de computador nas bibliotecas. As propostas linhas de orientação proferidas por uma minoria do grupo de trabalho sobre sistemas de reserva electrónica não foram apoiadas largamente pelos participantes da CONFU. No que respeita à transmissão digital de documentos no contexto do empréstimo inter-bibliotecas e actividades de entrega de documentos por bibliotecas, foi determinado pelas partes interessadas envolvidas no grupo de trabalho que era prematuro esboçar linhas de orientação tratando deste assunto” (1042).

Ora, é justamente esta questão que a Proposta comunitária parece ter deixado em aberto. Ao propôr a harmonização das excepções em termos que vinculam os Estados-membros à possibilidade de opção segundo um catálogo ou *menu* de opções pré-definidas, a Proposta retira aos Estados-membros a liberdade que os novos Tratados OMPI reconheciam no sentido das excepções tradicionais e, mesmo, da introdução de novas excepções adequadas ao ambiente digital em rede. Mas, mais do que isso, parece deixar em aberto a excepção tradicional para fins de arquivo.

Todavia, respeitando a “regra dos três” — o chamado “Drei-Stufen-Test” (1043) —, que foi consagrada como critério de controlo da implementação nacional das excepções previstas no catálogo, pensamos que não

de alguns países da Convenção de Berna, como a lei portuguesa, fosse introduzida uma isenção, em certos termos, em benefícios de deficientes visuais — v. p. 227-8, n. 561).

(1042) *The Conference on Fair Use, Report to the Commissioner on the Conclusion of the First Phase of the Conference on Fair Use*, September 1997, p. 18.

(1043) Dietz, ZUM 1998, p. 447.

(1044) Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 216.

apenas será recomendável a extensão desta excepção no ambiente digital, como deverá ser legalmente consagrada, sob pena de a sua admissibilidade ser contestada com o argumento da “interpretação restritiva” das excepções. É verdade que a melhor doutrina sustenta a aplicabilidade analógica destas “excepções”, qualificando-as como limites internos ao próprio direito (1044). Mas, tendo em conta a importância social desta “excepção”, melhor seria

Agora, na versão alterada (COM(99) 250 final), a cópia para arquivo é expressamente prevista, dispondo o art. 5.º, 2-*d*, que os Estados-membros poderão excluir do direito exclusivo de reprodução “actos específicos de reprodução praticados para fins de arquivo ou conservação por estabelecimentos que não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial directa ou indirecta, designadamente pelas bibliotecas e arquivos, bem como outras instituições pedagógicas, educativas ou culturais”. Por outro lado, no direito comparado, será de referir, relativamente à educação à distância, que nos trabalhos preparatórios da DMCA manifestou-se interesse em alterar a lei dos direitos de autor em ordem a promover a educação à distância. Tal alteração operar-se-ia, possivelmente, através do alargamento da isenção prevista na secção 110(2) para a radiodifusão de instrução. Todavia, esse alargamento não foi aprovado. A secção 403 do DMCA limita-se a encarregar o “Copyright Office” de consultar as partes interessadas e fazer recomendações ao Congresso sobre o modo como promover a educação à distância através das tecnologias digitais. Para além de outras questões que possa considerar apropriadas no tratamento da questão, o “Copyright Office” deverá considerar: a necessidade de uma nova isenção (1); as categorias de obras a incluir em qualquer isenção (2); limites quantitativos substanciais relativamente a partes de obras que possam ser utilizadas sob qualquer isenção (3); que partes deverão beneficiar de uma isenção (4); que partes deveriam poder ser beneficiadas como receptores de material de educação à distância sob qualquer isenção (5); em que medida a utilização de medidas de protecção tecnológica deveria ser imposta como condição de elegibilidade para qualquer isenção (6); e, finalmente, em que medida a disponibilidade de licenças deveria ser considerada na determinação da elegibilidade para qualquer isenção (7).

Todavia, apesar de não ter sido adoptada essa isenção para educação à distância, foi instituída uma isenção para bibliotecas não lucrativas e arquivos. A secção 404 da DMCA altera a isenção para bibliotecas não lucrativas e arquivos constante da secção 108 da lei dos direitos de autor no sentido de abranger tecnologias digitais e processos emergentes de preservação. Antes da aprovação da DMCA, a secção 108 permitia a tais bibliotecas e arquivos fazerem uma cópia analógica fac-simile (ou seja, não digital) de uma obra para fins de preservação e empréstimo interbibliotecário. Tal como alterada, a secção 108 permite a realização de até 3 cópias, que podem ser sob forma digital, na medida em que as cópias digitais não sejam colocadas à disposição do público fora das instalações da biblioteca. Além disso, a secção modificada permite a uma tal biblioteca ou arquivo copiar uma obra num novo formato se o formato original se tornar obsoleto, ou seja, se a máquina ou dispositivo utilizado para tornar a obra perceptível já não for

seguir a máxima *in claris non fit interpretatio*.

§ 50. TEMPORALIDADES

1. Uma outra questão que o legislador comunitário harmonizou foi a duração da protecção dos programas de computador, tendo a especial preocupação de “assegurar a conformidade com as disposições da Convenção de Berna” (cons. 24). Nessa medida prescreveu dois critérios distintos: ou durante a vida do autor e por um período de 50 anos *post mortem auctoris* (ou após a morte do último autor vivo caso o programa tenha sido criado por um grupo de pessoas singulares); ou por um período de 50 anos a contar da data em que o programa se tornar legitimamente acessível ao público, quando for obra anónima ou sob pseudónimo, ou, ainda, quando o seu autor for, nos termos da legislação nacional, uma pessoa colectiva (art. 8.º, 1). Porém, os Estados-membros onde a protecção fosse já superior à prescrita — como era o caso da Alemanha, onde a duração da protecção era já (desde 1965) de 70 anos *post mortem auctoris* —, não seriam obrigados a alterar as suas disposições, até uma harmonização mais geral por legislação comunitária, do período de protecção das obras sujeitas a direitos de autor (art. 8.º, 2).

Harmonização essa que foi trazida pela Directiva Duração de Protecção, relativa à harmonização dos prazos de protecção do direito de autor e de determinados direitos conexos. No essencial, esta directiva consagrou a regra da protecção durante 70 anos *post mortem auctoris* (art. 1.º, 1), derogando expressamente (art. 11.º, 1 e 2) o prazo “provisório” e “mínimo” (cons. 15 e 16) contido no art. 8.º, 1, da directiva programas de computador e também no art. 11.º da directiva aluguer e comodato. Acresce que a directiva duração de protecção começou a produzir efeitos a partir de 1 de Julho de 1995 (data a partir da qual se tornou obrigatoriamente aplicável: art. 13.º e cons. 25), vigorando, portanto, desde então, a regra geral dos 70 anos *post mortem auctoris*. Regra que vale também para as bases de dados, uma vez que a respectiva directiva não prejudica as disposições comunitárias relativas ao prazo de protecção pelo direito de autor e por certos direitos conexos, encontrando-se

produzido ou já não estiver disponível no mercado em condições razoáveis. Cfr. a nossa recensão, BFD 1999, em que seguimos o Sumário Executivo da DMCA elaborado pelo Gabinete dos Direitos de Autor estadunidense.

(¹⁰⁴⁵) Art. 9.º, 2, DPC. Por força da eficácia retroactiva do regime instituído

esse prazo já regulamentado na directiva duração de protecção (art. 2.º-c, cons. 25, DBD).

2. Por outro lado, relativamente à aplicação no tempo, o legislador estabeleceu regras semelhantes para os programas de computador e para as bases de dados. Sendo que estas regras aplicam-se a todo o regime previsto nas directivas, isto é, incluindo as regras da descompilação de programas de computador e o direito *sui generis* relativo ao conteúdo de bases de dados, que estudaremos, de seguida, em capítulo autónomo. Não obstante, importa, desde já, fazer referência às regras de aplicação no tempo.

Relativamente aos primeiros, dispõe que os programas de computador criados antes de 1 de Janeiro de 1993 — data limite de transposição da directiva — serão sujeitos ao regime instituído, sem prejuízo de quaisquer actos realizados e dos direitos adquiridos antes dessa data, prescrevendo, portanto, em certos termos, a sua eficácia retroactiva, a fim de, nomeadamente, proteger *ex tunc* os criadores de programas ⁽¹⁰⁴⁵⁾.

O mesmo é estabelecido para as bases de dados. Com efeito, dispõe-se que a protecção prevista na directiva em relação ao direito de autor abrange igualmente as bases de dados criadas antes de 1 de Janeiro de 1998 que nessa data preenchem os respectivos requisitos. Todavia, a aplicação retroactiva deste regime significaria que, em alguns Estados-membros ⁽¹⁰⁴⁶⁾ a protecção de que as bases de dados beneficiavam com base no critério do *sweat-of-the-brow* (“suor na testa”) seria retirada, em razão do critério de originalidade (criação intelectual pessoal) prescrito pela directiva.

Com efeito, tem-se em conta que certos Estados-membros protegem actualmente, através de um regime de direito de autor, bases de dados que não

sustentou-se no direito germânico que a jurisprudência do BGH (“Inkasso-Programm”, “Betriebssystem”) deveria ser corrigida *ex tunc* no sentido de conceder “jedem Programmschöpfer schon heute den Längst verdienten Rechtsschutz”, devendo os anteriores contratos ser alterados, em função dos §§ 242, 315 III BGB, em analogia com o princípio equitativo da cláusula *rebus sic stantibus*, na medida em que tivessem por elemento da sua base negocial, em conformidade com aquela jurisprudência do BGH, não poder um programa ser protegido pelo direito de autor se não superasse em termos criativos as capacidades técnicas normais de um programador médio (cfr. Lehman, NJW 1991, p. 2117, n. 79).

⁽¹⁰⁴⁶⁾ Seriam visados, sobretudo, o Reino Unido, a Irlanda e a Holanda (v. Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*, p. 436).

⁽¹⁰⁴⁷⁾ Art. 14.º, 1 e 2, e cons. 60, DBD.

obedecem a critérios de elegibilidade para a protecção a título do direito de autor previsto na directiva. Além disso, aplicar apenas nesses países a protecção do direito *sui generis* poderia traduzir-se numa redução do prazo de protecção, uma vez que, ainda que as bases de dados em questão sejam elegíveis para a protecção pelo direito previsto na directiva de se opor à extracção e/ou reutilização não autorizadas do seu conteúdo, o prazo da protecção conferida por este último direito é sensivelmente inferior ao prazo de que beneficiam ao abrigo dos regimes nacionais actualmente em vigor. Pelo que, em conformidade com um princípio de direitos adquiridos, considera-se que qualquer harmonização dos critérios aplicados para determinar se determinada base de dados será protegida pelo direito de autor não poderá resultar na redução do prazo de protecção de que beneficiam actualmente os titulares dos direitos em causa, devendo prever-se, para esse efeito, uma derrogação cujos efeitos se devem limitar aos Estados-membros interessados.

Nessa medida, dispõe-se que a aplicação retroactiva da directiva não prejudica a protecção já concedida em alguns Estados-membros ao abrigo de direitos de autor, uma vez que, se à data da publicação da directiva uma base de dados for protegida por um regime de direitos de autor num Estado-membro, mas não corresponda aos critérios de elegibilidade para a protecção pelo direito de autor previsto na directiva, esta não terá por efeito a redução, nesse Estado-membro, do prazo de protecção ainda por decorrer concedido pelo referido regime ⁽¹⁰⁴⁷⁾.

Coimbra Editora

⁽¹⁰⁴⁸⁾ Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 350.



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



CAPÍTULO 6.º

SOFTWARE, MULTIMEDIA, INTERNET, E DIREITOS DE EXCLUSIVO SUI GENERIS

- § 51. Nas Margens do Direito de Autor
- § 52. Descompilação e Interoperabilidade (Algoritmos e Dados)
- § 53. Informação e Direito do Produtor de Bases de Dados
- § 54. Tutela Jurídica de Sistemas Técnicos de Protecção e Identificação: Criptografia, Estenografia e *Secondary Infringements*
- § 55. *Post Scriptum III* - Análise de um Caso Prático: Apreensão de Dispositivos de Contornamento ou Supressão de Medidas Tecnológicas de Protecção de Programas de Computador

Comora Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



§ 51. NAS MARGENS DO DIREITO DE AUTOR

1. Neste sexto capítulo vamos estudar o que chamamos as “margens do direito de autor”. Trata-se de regimes de propriedade intelectual que são instituídos a propósito do direito de autor e até, mesmo, com essa designação, mas que estão formal ou materialmente para além dos cânones tradicionais do instituto. Socorrendo-nos da metáfora de Ulmer, diríamos que estes direitos especiais são enxertados no tronco do instituto, embora tendam a desenvolver-se autonomamente, uma vez que na sua seiva carregam uma lógica distinta daquela que anima e tradicionalmente dá sentido ao direito de autor. Encontram-se, por assim dizer, nas margens do direito de autor. Assemelham-se mais a direitos especiais de protecção de prestações empresariais do que propriamente ao direito de autor.

Isso justifica, como teremos oportunidade de comprovar pela análise detalhada do regime jurídico, que lhes seja dedicado um capítulo autónomo. Será este, por certo, actualmente, o capítulo mais importante para as empresas que operam no mercado da informática. É no seio destes regimes que são acolhidas e protegidas, impregnando as regras jurídicas positivas com os interesses que lhes são próprios. Interesses esses que acabam por acentuar substancialmente “*a dependência do utilizador em relação ao titular de direitos.*” (1048)

À análise das regras da descompilação de programas de computador e do regime especial do direito *sui generis* relativo ao conteúdo de bases de dados, juntaremos o estudo das medidas de protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção e de identificação resultantes de aplicações da tecnologia criptográfica e da estenografia. Medidas estas que constam da Proposta de

(1049) Refira-se, a título preliminar, uma decisão da jurisprudência estadunidense

directiva recentemente apresentada e que surgem na sequência dos Tratados OMPI, embora se procurarmos as suas origens, remontaremos às soluções já adoptadas no seio do *copyright*, em especial o UK CDPA 1988 (no quadro dos *secondary infringements*)⁽¹⁰⁴⁹⁾, e, aliás, já tratadas a nível europeu no histórico e, ao tempo tão criticado, Livro Verde 1988.

A protecção jurídica que agora se generaliza, tendo sido já harmonizada a nível comunitário para os programas de computador, comunga, juntamente com as regras de descompilação e do direito *sui generis*, de uma lógica empresarial de disciplina de concorrência. Sendo que, tal como para o direito *sui generis* já se considerou a sua possível transposição para a ordem jurídica interna através do instituto da concorrência desleal⁽¹⁰⁵⁰⁾, também na jurisprudência alemã foi este instituto (§ 1 UWG) mobilizado para regular a comercialização de dispositivos de contornamento de medidas tecnológicas de protecção de material protegido⁽¹⁰⁵¹⁾.

A estes casos juntam-se as regras da descompilação, cujos termos desvelam um regime marcadamente informado por razões de concorrência, que, ao mesmo tempo, apontam no sentido da protecção de “segredos de empresa” e da limitação dessa protecção em razão da promoção da concorrência no

no caso *Sega v. MAPHIA* (Cal. 1994), em que o tribunal proibiu um operador de um BBS (*Bulletin Board System*) de vender e distribuir dispositivos de cópia que eram utilizados para a produção de cópias não autorizadas de um programa de jogo de vídeo Sega e que alguns adquirentes usavam de modo a evitar adquirir as consolas do jogo Sega da empresa Sega; note-se, ainda, que, como foi decidido num outro caso (*United States v. La Macchia*, Ma. 1995) o facto de não haver intenção lucrativa já afastaria a responsabilidade criminal (sobre esta jurisprudência e com mais referências, Smith, *Copyright and Technical Devices* (USA), p. 423).

⁽¹⁰⁵⁰⁾ Cfr. Mallet-Poujol, DIT 1/1996, p. 14 (considerando que “o arsenal jurídico francês” seria suficiente para proteger o investimento e preservar a lealdade da concorrência, sem desrespeitar o espírito da directiva).

⁽¹⁰⁵¹⁾ Cfr. Lehmann, *Le droit d’auteur et protection techniques (Allemagne)*, p. 364-5 (com referência, *inter alia*, à decisão do BGH, de 9-11-1995, “Dongle-Umgehung”).

⁽¹⁰⁵²⁾ Na doutrina germânica considera-se, tradicionalmente, que, apesar de estarem próximos dos direitos de propriedade industrial, “os direitos de autor são puros direitos intelectuais de protecção e distinguem-se por isso dos direitos de protecção técnico-industrial” (Baumach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, Allg., p. 83). Acresce que o direito da concorrência teria aí, quando muito, um significado apenas “complementar” (Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 36). Na base disto estaria a distinção entre técnica e arte: as “invenções seriam prestações técnicas, mas não criações”, no sentido de que não resultariam da “expressão criadora de um espírito individual” (Rehbinder, *Urheberrecht*,

sector ⁽¹⁰⁵²⁾.

Encerraremos depois esta parte com o tratamento de um caso previsto na

p. 74).

Todavia, actualmente, é forte a tendência para o esbatimento dos termos desta dicotomia. Como nos diz Schricker: “Dentro dos campos do direito privado, o direito de autor está perto do direito de propriedade industrial: o direito de propriedade industrial também respeita a criações intelectuais, tais como a protecção de invenções técnicas pelo direito de patente, e ambos os domínios têm relação com a concorrência comercial. Desenvolvimentos modernos estreitaram a separação entre o direito de patente e o direito de autor. Um exemplo disto é a questão da adequada protecção para o *software* de computadores que por fim foi concedida pelo direito de autor mas que não obstante pode, em certas circunstâncias, ser atribuída pelo direito de patente” (Schricker, in Beier/Schricker/Fikentscher, *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws*, II/A/1). Acresce que esta aproximação entre os dois institutos resultaria de uma “mudança de paradigma” do direito de autor (Dietz, RIDA 1988, p. 23 s.), a ponto de se perguntar se no moderno ambiente tecnológico ao direito de autor não estaria reservado ser apenas um “mero direito industrial” (Dietz, JCS 1991, p. 83 s.).

Um exemplo claro da aproximação destes dois institutos é o seu tratamento conjunto numa óptica comercial no Acordo sobre direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC), embora se entenda que sob a designação propriedade intelectual “é abrangida não apenas a propriedade espiritual (*geistige Eigentum*), mas tudo o que nós em alemão chamamos direito de protecção industrial (*gewerbliche Rechtsschutz*) e direito de autor (*Urheberrecht*)” (Reinbothe, *Geistiges Eigentum*, p. 149). Não obstante, como pólo aglutinador, parece afirmar-se neste país a teoria dos “property rights”, entendidos como “restrições temporárias e específicas à concorrência que, a longo prazo, servem para melhorar o bem estar de um sistema de economia de mercado: são restrições da concorrência criadas artificialmente para promover a concorrência e a produção de bens especialmente desejados pela sociedade. / Tal como a propriedade privada protege e promove a produção de bens materiais, um sistema de «property rights» para a propriedade intelectual e industrial protege e promove a produção de bens imateriais.” (Lehmann, RGD 1990, p. 281; v., ainda, Lehmann, GRUR Int. 1983, p. 356 s.).

Descontada a vinculação confessa do Autor a uma análise económica do direito, e que se traduz na reabilitação do sistema de recompensas de A. Smith, parece-nos ser de seguir a teoria dos “property rights”, acrescentando, porém, que existe um princípio de justiça que se sobrepõe a uma pura fundamentação económica dos regimes jurídicos; princípio esse que está presente em Locke, no sentido da justa atribuição ao criador da propriedade dos frutos do seu trabalho intelectual e que constava já do referido pedido de concessão de privilégio apresentado por Galileu (v. Hubmann/Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 20). Não se trata apenas de saber se o modelo é economicamente sustentável na sociedade, mas desde logo se é adequado em face dos valores vigentes numa comunidade histórica; este princípio fundamental parece subjazer ao direito de autor alemão, protegendo a obra enquanto expressão de uma personalidade criadora

ordem jurídica interna e que diz respeito à apreensão de dispositivos em comercialização cujo objectivo principal consista em suprimir ou contornar dispositivos tecnológicos utilizados para proteger um programa de computador. Analisaremos o problema sob o prisma da descompilação, procurando compreender o sentido e limites daquela medida especial de protecção. As considerações que ao longo desta análise de direito positivo serão tecidas a propósito deste problema põem-se, aliás, de um modo geral.

Com efeito, permitindo as tecnologias criptográficas tapar o acesso à obra e tornando-se ilícita a comercialização de dispositivos destinados a suprimir ou contornar tais dispositivos, um problema delicado se põe, dizendo respeito ao valor normativo das excepções e limites aos direitos exclusivos. É saber, pois, se a tecnologia não acabará por eliminar excepções e limites aos direitos exclusivos, barrando o acesso e impedindo a utilização das obras, mesmo quando, nos termos da lei, essa utilização seria livre, escapando, portanto, ao controlo do titular de direitos.

O caso especial que será analisado diz respeito à descompilação de programas de computador, pois que as suas regras destinam-se também a promover, justamente, a livre concorrência, prosseguindo, para o efeito, o imperativo da interoperabilidade entre sistemas informáticos.

2. Este problema põe-se, aliás, desde logo, em termos de interconexão normativa. Na verdade, com a adopção das directivas sobre programas de computador e bases de dados, o legislador não excluiu outras formas de protecção, para além de ter ressalvado a aplicação de outros regimes. Fala-se a propósito de uma tutela “minimal, em que outros modos de protecção

individual (§ 2(2)), em termos de unidade infrangível entre a autoria e a titularidade originária do direito (§ 7 UrhG); sendo que, neste país, o direito de autor é constitucionalmente garantido como propriedade (Art. 14 GG), encontrando-se sujeito ao princípio da *Sozialbindung* (Lubberger, *Eigentumsdogmatik*, p. 275; sobre o princípio jusfilosófico da *Sozialbindung des Eigentums*, v. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, p. 234 s.).

É aquele princípio fundamental que nos permite afirmar com o Supremo Tribunal dos EUA no caso *Ruckelshaus v. Monsanto* (1984) a natureza jurídica do *trade secret* como direito de propriedade, pois que é “produto do trabalho e do engenho de um indivíduo”; ou, na formulação do caso *In re Iowa Freedom of Information Council* (2d. Cir. 1984), “Trade secrets are a peculiar kind of property. Their only value consists in their being kept secret. If they are disclosed or revealed, they are destroyed” (in Wiebe, *Know-how-Schutz*, p. 334, e n. 27).

⁽¹⁰⁵³⁾ Strowell/Triaille, *Le droit d'auteur*, p. 293.

⁽¹⁰⁵⁴⁾ Cons. 25, art. 9.º, 1, DPC.

podem subsistir” (1053).

Mas, significará isto que excepções garantidas por estes regimes podem ser contornadas por outras formas de protecção? Assim, por ex., a nulidade da cláusula que proíba a descompilação será afastada se for aposta na licença de utilização a título de protecção de “segredos de empresa”? De igual modo, a nulidade da cláusula da licença de utilização de bases de dados em condições normais será válida se estipulada em nome da protecção de dados pessoais?

Na verdade, as directivas não excluem outras formas de protecção, enquanto tutelas laterais. Entende-se que “a protecção dos programas de computador ao abrigo dos direitos de autor não deve prejudicar, nos casos apropriados, a aplicação de outras formas de protecção”, e, em conformidade, prevê-se que “as disposições da presente directiva não prejudicam quaisquer outras disposições legais, nomeadamente as relativas a direitos de patente, a marcas, a concorrência desleal, a segredos comerciais, a protecção de produtos semicondutores ou ao direito dos contratos” (1054).

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as bases de dados, dispondo-se que o regime instituído pela directiva “não prejudica as disposições relativas nomeadamente ao direito de autor, aos direitos conexos ou a quaisquer outros direitos ou obrigações que subsistam sobre os dados, obras ou outros elementos incorporados numa base de dados, as patentes, marcas, desenhos e modelos, protecção dos tesouros nacionais, a legislação sobre acordos, as decisões ou práticas concertadas entre empresas e concorrência desleal, o segredo comercial, a segurança, a confidencialidade, a protecção dos dados pessoais e da vida

(1055) Art. 13.º DBD. Refira-se, ainda, que, para além da protecção assegurada pela directiva às bases de dados através do direito de autor, e ao seu conteúdo através do direito *sui generis* de impedir a extracção e/ou a reutilização não autorizadas, entende-se deverem continuar a aplicar-se as outras disposições legais relevantes existentes nos Estados-membros no que se refere ao fornecimento de produtos e serviços de base de dados; considera-se, ainda, que o regime instituído “em nada prejudica a aplicação às bases de dados constituídas por obras audiovisuais de regras eventualmente reconhecidas pela legislação de um determinado Estado-membro em matéria de teledifusão de programas audiovisuais” (cons. 58, 59, DBD). Isto pode ser muito importante em termos de regime positivo, pois parece salvaguardar a aplicação à comunicação pública de bases de dados das regras do domínio audiovisual, nomeadamente em matéria de promoção de obras audiovisuais de origem nacional; mas poderá ter ainda um outro significado, qual seja sugerir a equiparação, para efeitos de regime, das transmissões em linha de bases de dados constituídas por obras audiovisuais à teledifusão de programas audiovisuais, com especial importância no domínio da publicidade, dos conteúdos de programação televisiva; mas além disso tem um significado particular em direito de autor, que parece traduzir-se, por ex.,

privada, o acesso aos documentos públicos ou o direito dos contratos” (1055).

Assim, é legítimo perguntar se o que o direito de autor permite poderá ser proibido por estas outras formas de protecção. Formas estas de protecção que poderiam justificar a utilização de dispositivos tecnológicos de protecção e a licitude de cláusulas contratuais apostas em licenças de utilização de programas de computador e bases de dados. Todavia, relativamente aos programas de computador, entendemos que a sua protecção lateral, nomeadamente, pelo direito dos “segredos de empresa” deverá ceder em face das regras imperativas da directiva sobre a descompilação para obtenção e utilização de informações necessárias à interoperabilidade entre sistemas informáticos (1056).

Idêntica solução deverá valer para os termos restritivos de contratos de utilização de bases de dados, não devendo os tribunais servirem-se das obrigações de respeito, designadamente, pelo direito dos segredos de comércio contrariamente aos limites imperativos impostos à liberdade contratual, se bem que “se esteja para ver se o farão ou não” (1057). Acresce que a protecção jurídica de sistemas técnicos de protecção não deverá ter por efeito contornar estas regras imperativas, desde logo no que respeita à descompilação de programas e ao acesso e utilização de bases de dados (1058).

Mas um outro elemento de perturbação é introduzido pelos contornos de geometria variável do direito *sui generis* “imaginado pela directiva de 1996, sendo a este respeito paradoxalmente mais forte uma vez que assegura o domínio da própria substância da base, dos dados, da informação, permitindo mesmo a oposição à sua exploração” (1059).

Para compreender toda esta problemática, necessário se torna analisar os termos do regime positivo no que respeita à descompilação, ao direito *sui generis* e, ainda, à protecção de sistemas técnicos. Terminar, depois, com o tratamento de um caso contemplado na nossa lei, em que grande parte da

na aplicabilidade à exploração de bases de dados compostas por obras audiovisuais do regime da autorização para radiodifusão, com especial importância, por ex., em razão das chamadas autorizações genéricas (sobre as possibilidades de equiparação à radiodifusão dos serviços interactivos no ambiente digital em rede, v. Dreier, *The Cable and Satellite Analogy*, p. 57 s.).

(1056) Cfr. Lehmann, *Richtlinie*, p. 27-8 (sustentando esta posição em face dos §§ 17, 18 UWG).

(1057) Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*, p. 438-9.

(1058) Cfr. Lucas, *Le droit d'auteur et protections techniques*, p. 352.

(1059) Vivant, *Les créations immatérielles*, p. 57.

análise precedente será mobilizada em ordem ao apuramento de uma via interpretativa adequada.

§ 52. DESCOMPILAÇÃO E INTEROPERABILIDADE (ALGORITMOS E DADOS)

1. As regras da descompilação constituem uma das excepções aos direitos de autor relativos aos programas de computador, regras essas que são imperativas ⁽¹⁰⁶⁰⁾. Em termos elementares, a descompilação caracteriza-se

⁽¹⁰⁶⁰⁾ Arts. 6.º e 9.º, 1, *in fine*, DPC. Num outro domínio das tecnologias da informação, as topografias de produtos semicondutores, o legislador comunitário excluiu do direito exclusivo a reprodução para efeitos de análise, avaliação ou ensino de conceitos, processos, sistemas ou técnicas incorporadas na topografia ou da própria topografia, prevendo, ainda, que a topografia concebida a partir dessa análise ou avaliação será protegida autonomamente na medida em que satisfaça os requisitos de protecção (art. 5.º, 3 e 4, DTSP; entre nós, art. 13.º RTPS, v. Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 337-8). Esta solução é considerada já como uma forma de permitir o *reverse engineering* do *lay-out* da topografia de terceiros (cfr. Meijboom, *Software Directive*, p. 15). Note-se, ainda, que, em termos aparentemente próximos da directiva programas de computador, dispõe-se que a protecção concedida às topografias de produtos semicondutores só deve ser aplicável à topografia propriamente dita, com exclusão de qualquer conceito, processo, sistema, técnica ou informação codificada incorporadas nessa topografia (art. 8.º DTSP; v. também, art. 3.º, 6, RTPS).

Todavia, como veremos, a directiva programas de computador, para além de admitir a descompilação apenas em circunstâncias restritas, proíbe a utilização das informações assim obtidas para outros fins que não sejam assegurar a interoperabilidade entre sistemas informáticos, segundo a melhor interpretação. Isso significa que o regime das topografias é mais generoso, quer no acesso às informações, quer no que respeita à sua utilização. Não obstante, o regime dos programas de computador parece ter sido decalcado desta primeira experiência. Considerava-se a propósito que o “sistema legislativo fornecendo protecção *sui generis* para as topografias de circuitos integrados foi, até recentemente, único entre os regimes de propriedade intelectual ao excepcionar expressamente certos actos de ‘reverse engineering’. [...] As implicações da política de concorrência dos direitos de propriedade intelectual na tecnologia da informação são tais, contudo, que a lei do direito de autor seguiu, pela primeira vez, a lei de protecção das topografias de circuitos integrados, e recentemente adoptou defesas expressas de *reverse engineering*” (Christie, *Integrated Circuits*, p. 136; sobre a protecção das topografias de produtos semicondutores, v., ainda, por ex., Franceschelli, RDI 1988, p. 232; Oman, GRUR Int. 1992, p. 886; Giannantonio, *Semiconductor Chips*, p. 1221; Gotzen (ed.), *Chip Protection*, 1990; Schroeder, *Computer Software and Semiconductorships*, 1990).

por ser o processo inverso à compilação de um programa de computador. Esta consiste na tradução-conversão do código-fonte, em que se exprime inicialmente um programa de computador escrito em uma linguagem de programação, utilizando-se determinados métodos lógico-matemáticos e certos algoritmos, em código-objecto, através de linguagem de máquina (binária ou de baixo nível), sendo esta operação automaticamente processada por um componente do computador de tipo digital. Ora, a descompilação de um programa de computador é o processo inverso, pelo qual se “regressa” ao código-fonte, re-convertendo o código-objecto. O objectivo da descompilação é, portanto, reverter — daí a expressão inglesa *reverse engineering* — o programa na sua forma humanamente legível, ou seja, em algo próximo ao código-fonte em que foi escrito numa linguagem de programação ⁽¹⁰⁶¹⁾.

A leitura do programa (código-fonte) pelo homem torna possível, por seu turno, a reprodução de um código, no todo ou em parte (por exemplo, mediante impressão), a recriação do código-fonte perdido, a correcção de erros (no inglês, *debugging*) e, em geral, a sua transformação, quer pela sua tradução através de uma outra linguagem de programação (Cobol, Pascal, Basic, Fortran, etc.), quer pela sua adaptação ou alteração com a preparação de produtos derivados (*derivatives*), sejam actualizações ou melhoramentos do programa original (*updatings*), sejam programas funcionalmente equivalentes, ainda que não expressivamente semelhantes ou idênticos (*software-cloning*) ⁽¹⁰⁶²⁾.

2. Ora, constitui infracção aos direitos exclusivos do autor do programa qualquer reprodução, tradução, adaptação ou transformação não autorizadas da forma do código em que uma cópia de um programa de computador foi criada (cons. 19), parecendo, assim, que a directiva programática de computador prescreve “um regime de direito privativo sem *disclosure*” ⁽¹⁰⁶³⁾. Porém, o art. 6.º consagra como faculdade integrante do conteúdo mínimo de qualquer autorização de utilização concedida pelo titular dos direitos *a modificação da forma do código* do programa no sentido da sua reprodução e tradução, na

⁽¹⁰⁶¹⁾ No sentido de que não se trata rigorosamente de descompilação mas tão só de desmontagem (*disassembling*), uma vez que a partir do código-objecto não se poderia recriar ou reconstruir senão um código semelhante ao código-fonte do programa descompilado, Vinje, DIT 2/1992, p. 17, n. 39.

⁽¹⁰⁶²⁾ Sobre as linguagens e métodos de programação, componentes e operações dos computadores digitais, v. “Computer Science” / “Computers”, *Britannica*, 16 p. 633 s., p. 643 (v. também, a parte relativa à inteligência artificial, p. 635-6, 651-2).

⁽¹⁰⁶³⁾ Veloso, *A informática no direito de autor*, p. 358.

acepção das als. *a)* e *b)* do art. 4.º Não obstante, o exercício desta faculdade de descompilação é admitido apenas em “circunstâncias restritas” (cons. 21), que resultam, segundo o melhor entendimento, não apenas da letra do art. 6.º, mas da sua interpretação consonante com princípios definidos no preâmbulo (1064).

Assim, são as seguintes as “circunstâncias restritas”: 1.ª só pode ser exercida pelo legítimo utilizador ou, em seu nome, por pessoa devidamente autorizada para o efeito; 2.ª só quando for indispensável para obter as

(1064) Cons. 10-12, 19-23, DPC. Esta interpretação conforme aos princípios constantes do preâmbulo está, aliás, em sintonia com o que temos sustentado (v. *Contratos de 'software'*, p. 82; neste sentido, por ex., Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 161, n. 445).

(1065) Ou seja, à capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas (cons. 12)

(1066) Na verdade, a interoperabilidade, atrás definida, analisa-se na interconexão e interacção lógica e, quando necessária, física, no sentido de permitir o funcionamento conjunto de todos os elementos do suporte lógico e do equipamento com outros suportes lógicos e equipamentos, e com os utilizadores, e todas as formas de funcionamento previstas (cons. 10 e 12); sendo que um dos objectivos prosseguidos com a inserção desta faculdade excepcional de descompilação no âmbito mínimo de qualquer autorização de utilização é o de permitir a interacção, ou seja, a interoperabilidade de todos os elementos de um sistema informático, incluindo os de diferentes fabricantes, de forma a poderem funcionar conjuntamente (cons. 22). Neste sentido, sustenta-se que o fundamento do art. 6.º é permitir uma concorrência em todos os níveis (equipamento e/ou suporte lógico), de modo a que qualquer adquirente possa compor o seu sistema informático como se se tratasse de um jogo (*Baukasten*), com elementos de diferentes proveniências, sem se dever correr o risco de que estes componentes não possam optimamente ser interoperáveis uns com os outros (cfr. Lehmann, NJW 1991, p. 2116 e n. 66; ainda neste sentido, Vinje, DIT 2/1993, p. 22, e GRUR Int 1992, p. 252 s.; Wiebe, CL&P 1993, p. 83; Robertson, *Recent Developments*, p. 186).

Porém, há quem se mostre favorável antes a uma interpretação literal desta norma, no sentido de não abranger “hardware ou data interoperability” (Tapper, *Perspective from the United Kingdom*, p. 159). Esta referência à interoperabilidade de dados será adiante tratada, constituindo um problema de extrema importância no contexto da entretroca de informação digital nas redes. Refira-se, todavia, desde já, que a tese da interoperabilidade de sistemas informáticos (computadores e suportes lógicos), que não apenas programas-programas, parece-nos ser de sustentar. Com efeito, a importância da interoperabilidade justificou, como veremos, que, apesar de todas as pressões no sentido de a protecção pelo direito de autor ser extensiva às *interfaces* dos programas de computador, se tivesse decidido, quer por via legislativa, quer por via jurisprudencial, que as *interfaces* não deveriam ser protegidas em razão do seu valor na promoção da concorrência. Assim,

informações necessárias à interoperabilidade ⁽¹⁰⁶⁵⁾; 3.^a entre um programa de computador criado independentemente com outros programas *e todos os*

as empresas de desenvolvimento de programas de computador podem não apenas configurar as *interfaces* contidas nos seus programas de maneira a que estes sejam interoperáveis com os programas de outra empresa de *software*, mas também, quando necessário, descompilar ou desmontar os programas de outra empresa para ter acesso às informações das *interfaces* e reutilizá-las para o desenvolvimento independente de programas. Mas, o princípio da interoperabilidade é importante não apenas em termos de *interfaces* ao nível programas-programas e programas-equipamentos — que estiveram no cerne da discussão sobre interoperabilidade —, mas também em termos do modelo do novo ambiente digital de rede global e dos dados que aí circulam (v. Merman/Weitzner, Yale LJ 1995, p. 1625).

Garantir a interoperabilidade num ambiente concorrencial representa justamente, ao nível da infraestrutura global da informação, uma condição de acesso ao mercado mundial. A promoção da interoperabilidade nas redes digitais poderá permitir que o comércio electrónico possa tornar a Internet num mercado virtual à escala global, estando em curso várias iniciativas para desenvolver componentes da infra-estrutura que potenciam o comércio electrónico, especialmente para os produtos e serviços de informação digital. Porém, um obstáculo relevante a este desenvolvimento resulta de muitos dos dados sob forma electrónica estarem disponíveis apenas em formatos reservados, tais como os que são gerados tipicamente por programas de processamento de texto, ou em formatos padrão, como o ASCII, que não permitem reutilizações sofisticadas da informação contida em documentos digitais ou utilizações interactivas dos dados. Considera-se, a propósito, que: “Efectivamente é da máxima importância adoptar uma norma implementada por entidades que garantam efectivamente que o protocolo em causa será um *standard*. Existem exemplos de largos investimentos que fracassaram por utilizarem normas proprietárias [reservadas] conducentes a uma utilização restrita por um conjunto de organizações e difíceis de manter sobretudo pelos avultados custos.” (Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 32).

Acresce que a interoperabilidade de dados é importante não apenas para promover o comércio electrónico, mas também para possibilitar a interactividade de e entre documentos digitais. Enquanto em forma impressa os documentos são inactivos, já os documentos digitais apresentam diversas aplicações interactivas no paradigma dominado pela tecnologia *push* (Egan, *Information Superhighways*, p. 30: “technology-push”). Estão em curso iniciativas para desenvolver novas aplicações funcionais dos documentos digitais, tais como as permitidas por certos programas, conhecidos por “applets”, isto é, programas especializados que são desenvolvidos em linguagem de programação Java e que activam a funcionalidade dos documentos nos ambientes de rede. Assim, por ex., dentro dos projectos do programa “Normalização e Sociedade da Informação”, refira-se o projecto do Programa ACTS (AC026), em que se considera que a “WWW é ainda dominada por sistemas de informação gratuita, mas esta situação deve mudar radicalmente num futuro próximo. A WWW será usada para toda a espécie de comércio electrónico através de operações em linha, como oferta, encomenda, pagamento e entrega de serviços e informações, bem como transferência de documentos comerciais. Pode prever-se uma

elementos de um sistema informático ⁽¹⁰⁶⁶⁾; 4.^a e na medida em que (art. 6.^o, 1-*b/c*): *a*) esses actos se limitem apenas às partes do programa necessárias à interoperabilidade, ou seja, às *interfaces* (cons. 11); *b*) e as informações necessárias à interoperabilidade não se encontrem já fácil e rapidamente à sua disposição.

Por outro lado, as informações assim lícitamente obtidas nestas circunstâncias restritas não podem ser utilizadas para outros fins, nem

evolução idêntica no que respeita às redes IBC e às ‘auto-estradas da informação.’” (*Comunicações Electrónicas*, p. 42).

Estes desenvolvimentos anunciam a eliminação da distinção entre programas de computador e documentos. Em virtude disto, fará pouco sentido ter regras diferentes de interoperabilidade para os documentos e para os programas de computador. Na verdade, se os titulares de direitos de propriedade intelectual relativamente a componentes das redes e a formatos de dados (ou à extensão dos formatos não reservados) não forem sujeitos a uma excepção de interoperabilidade, tal como o são os programas de computador, então o desenvolvimento do comércio electrónico no mercado virtual do ambiente de rede digital emergente poderá ficar aquém do possível e desejável. Ora, considerando a Comissão que é “àrea prioritária... a exploração das redes ou acesso às redes” (Livro Verde Convergência, p. 47), a questão da interoperabilidade de dados deve, à semelhança da interoperabilidade de programas, merecer uma resposta clara e adequada ao ambiente digital em rede. Na verdade, tendo em conta a erosão da distinção entre programas e documentos, se a interoperabilidade é desejável no contexto computador-programa e programa-programa, pode ser também desejável em certos estratos das redes digitais e de componentes de dados-programas e dados-dados nos ambientes emergentes de rede digital, sendo que o grau de interoperabilidade em redes e dados determinará a dimensão do mercado no ciberespaço e o nível de concorrência do comércio electrónico (cfr. Samuelson, *Role of Copyright*, p. 24 s.).

⁽¹⁰⁶⁷⁾ Trata-se das chamadas operações de *clean-room* (v. Vinje, DIT 2/1992, p. 21).

⁽¹⁰⁶⁸⁾ Art. 6.^o, 2-*a/b*. Note-se, porém, que este programa poderá ser um produto concorrente do programa descompilado, uma vez a descompilação deste se tenha efectuado com vista a participar da sua interoperabilidade, seja com o próprio programa descompilado, seja com quaisquer outros produtos — equipamentos e/ou suportes lógicos — com ele compatíveis [neste sentido, Czarnota/Hart, *Legal Protection*, p. 76, 80; Comunicação da Posição da Comissão ao Parlamento Europeu, SEC (91) 87 final — SYN 183, 18-1-1991, par. 4.7, p. 5; v., ainda, Dreier, EIPR 1991, p. 325; Vinje, GRUR Int. 1992, p. 255; Schulte, CR 1992, p. 653], ou pela negativa, “a descompilação não é livremente permitida se não servir a produção de interoperabilidade, mas antes apenas a facilitação e a poupança de custos no decurso do desenvolvimento de um produto concorrente” (Lehmann, *Richtlinie*, p. 22).

⁽¹⁰⁶⁹⁾ Esta proibição de utilização ou comunicação das informações obtidas mediante descompilação para outros fins que não os permitidos revela, claramente, a consagração de

transmitidas a outrem (¹⁰⁶⁷), senão, respectivamente, para assegurar ou quando seja necessário para, a interoperabilidade do programa criado

uma forma de protecção de segredos de programação informática; protecção essa que, para além de extravasar os cânones do direito de autor, não depende de um acordo de confidencialidade, resultando da própria lei. Vale isto por dizer que em relação a tais informações é definido um círculo de reserva de utilização exclusiva, que só cede perante os fins de interoperabilidade prosseguidos. Sendo que a ilicitude resultante da violação desse exclusivo não assenta numa qualquer contrariedade “aos usos honestos do comércio”, mas antes na simples utilização de tais informações para quaisquer fins que não sejam os permitidos por lei.

Como se escrevia antes da adopção da directiva: “Os conteúdos de programas, soluções de aplicação, sentidos de configuração, etc., não são susceptíveis de protecção jusautorais, mas todavia são em parte um capital considerável das empresas de *software* (*Software-Häuser*). Aqui é de pensar na protecção pelo saber-fazer.” (Koch/Schnupp, *Software-Recht*, p. 59, analisando depois as possibilidades de protecção através dos §§ 17 *et seq.* UWG — p. 61 s.). Em termos semelhantes considerava-se já que “a principal vantagem é que a ideia subjacente [ao programa] pode ser protegida pelo direito do segredo de comércio, enquanto os direitos de autor protegem apenas a expressão da ideia, e deixa os outros livres de levarem a ideia e darem-lhe uso de modo diverso”. (Pearson, *Computer Contracts*, p. 267).

Ora, justamente, a directiva vem proteger os segredos de programação uma vez que não permite a utilização das informações obtidas mediante descompilação para outros fins que não de interoperabilidade. Trata-se, por isso, de um direito especial de tutela de segredos de empresa, enxertado num regime de protecção de obras literárias. Mas, poderá o autor do “Memorial do Convento” opor-se à descompilação da sua obra ou, pelo menos, impedir a utilização ou comunicação das informações assim obtidas excepto para fins de interoperabilidade? Assim seria se fosse de dizer que os algoritmos estão para um programa de computador como o enredo está para um romance histórico. Mas sentimos dificuldades em afirmar a analogia. Os algoritmos estão nas margens do direito de autor, que não protege os métodos operativos ou os processos funcionais. Registe-se, todavia, o seguinte relato: “Aquilo que Hermann Hesse conta aqui na forma de uma lenda é realidade histórica. Em 1793, J. J. Hummel publicou, em Berlim e Amesterdão, as *Instruções em Quatro Línguas sobre como compor Valsas e Contradanças com Um Par de Dados*. Em 1806, C. Wheatstone, de Londres, pôs no mercado algo idêntico com o título de *Jogo Musical de Mozart, numa caixa elegante, mostrando como compor facilmente infinitas valsas, rondós, danças e músicas escocesas*. Não se sabe se Mozart foi efectivamente o autor deste jogo. Alguns dos seus livros de apontamentos sugerem que, pelo menos, lhe dedicou bastante atenção. Os musicólogos suspeitam que Joseph Haydn e Carl Phillip Emanuel Bach também tiveram algo a ver com o desenvolvimento deste jogo. Em qualquer dos casos, o certo é que um *Método para Sacar Sonatas da Manga* foi publicado em 1783 por Johann Phillip Kirnberger, em Berlim”. (Eigen/Winkler, *Das Spiel*, p. 413).

(¹⁰⁷⁰) Sustentam Ristuccia e Zeno-Zencovich por interpretação *a contrario* que “similitudini di contenuto sono dunque lecite” (Ristuccia/Zeno-Zencovich, DII 1994,

independentemente (¹⁰⁶⁸). Assim, não podem ser utilizadas para outros fins (¹⁰⁶⁹) senão de interoperabilidade, nem para o desenvolvimento, produção ou comercialização de um programa substancialmente semelhante na sua expressão (¹⁰⁷⁰), ou para qualquer outro acto que infrinja os direitos de autor (como, nomeadamente, as operações de manutenção não abrangidas no

p. 239; ainda no sentido da licitude jurídico-autoral da similitude funcional do programa derivado, Vinje, DIT 1992, p. 21). Todavia, o ponto é duvidoso, uma vez que a utilização dessas informações para outros fins pode consistir na semelhança de conteúdos, *maxime* no caso dos programas funcionalmente equivalentes, sendo ilícita por não visar apenas a interoperabilidade do programa criado independentemente. Nessa medida, parece ser sustentável a ilicitude em face da directiva de um programa derivado funcionalmente idêntico criado com utilização de informações obtidas mediante descompilação (neste sentido, Verstryngne, DIT 2/1992, p. 11).

Refira-se, a propósito, que Zeno-Zencovich caracterizava a directiva comunitária como uma forma de protecção *sui generis*, apesar de dizer que esta não teria, infelizmente, seguido o exemplo do regime *sui generis* das topografias de produtos semicondutores (Zeno-Zencovich, DII 1992: “per i semiconduttori è stato *sui generis*, un esempio malauguratamente ed ingiustificadamente non seguito per i programmi” — p. 38; e, referindo-se à directiva, “essa é un miscuglio di segreti industriali e di diritti di privativa *sui generis*” — p. 40).

Ora, a caracterização do regime da directiva como *sui generis* deve-se justamente à proibição instituída de utilização das informações obtidas mediante descompilação para outros fins que não a interoperabilidade. Assim, embora tenha dado início, como se diz, a um “direito europeu da informática” (Junker, NJW 1992, p. 1739), a “crítica” considerou que a directiva terá consagrado um regime *sui generis* (v. Wiebe, CL&P 1993, p. 81; Goldstein, *A View from The United States*, p. 199: “The Directive as initially proposed did indeed take a doctrinaire author’s right approach to computer programs. But the Directive as finally adopted has, in fact, much more in common with *sui generis* regimes than with a strict regime of author’s right”; de resto a solução final teria oferecido, na sua opinião, “an excellent model for further refinement of the United States Law in the area” — p. 204). Mais do um regime *sui generis*, a directiva teria consagrado um regime próximo do direitos das patentes, sustentando-se que ela “opte pour une solution plus proche correspondant aux inventions brevetables” (Bercovitz Rodríguez-Cano, *La explotación y la protección de las ideas*, p. 191). Mas, mesmo autores que defendem a protecção dos programas enquanto obras literárias, não deixam de apontar a natureza *sui generis* do regime instituído pela directiva, pois que: “A directiva europeia sobre a protecção jurídica dos programas de computador constitui pelos seus desenvolvimentos sobre a ‘interoperabilidade’ um texto a meio caminho entre o direito de autor propriamente dito e uma lei *sui generis* (Bertrand, *Le droit d’auteur*, p. 474).

(¹⁰⁷¹) Por exemplo, a actualização ou melhoramento do programa (*updating*) sob o pretexto de manter a sua interoperabilidade com um programa independentemente criado (v., por ex., Voss, CLJ 1992, p. 455).

conteúdo da respectiva autorização de utilização e a criação de produtos derivados) (1071).

Esta faculdade de descompilação incluída no âmbito mínimo de qualquer autorização de utilização de um programa de computador é, assim, apenas admitida como “ultima ratio” (1072), verificadas, cumulativamente, aquelas circunstâncias restritas. Por seu turno, a utilização das informações obtidas com o seu exercício apenas é lícita se e na medida em que sejam necessárias para assegurar a interoperabilidade de um programa — ainda que concorrente do programa licitamente descompilado — criado independentemente (1073); sendo este fim também o critério da licitude da própria descompilação (1074). E, nesses termos restritos, constitui uma faculdade de utilização “legítima e compatível com uma prática leal” da concorrência (cons. 21).

Termos esses que são reforçados pelo critério interpretativo consagrado no art. 6.º, 3: “De acordo com o disposto na Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, as disposições do presente artigo não podem ser interpretadas no sentido de permitirem a sua aplicação de uma forma susceptível de lesar os *interesses legítimos* do titular de direitos ou que não se coadune com uma *exploração normal* do programa de computador”. Consagra esta cláusula geral, este “caveat” (1075), à semelhança do art. 9.º, 2, da Convenção de Berna revista, um critério interpretativo que designamos como o *princípio da interpretação mais favorável* ao interesse de participação

AB VNO AD OMNES

(1072) Lehmann, *Richtlinie*, p. 24 (“eine schnittstellenbezogen Rückwärtsanalyse als ultima ratio nur dann als zulässig zu betrachten ist, wenn anders die Interoperabilität von Computerprogrammen nicht hergestellt werden kann”).

(1073) Refere-se, a propósito, a consagração de um princípio de *fair use* ou utilização segundo a boa fé objectiva (cfr. Cassotana, CI 1993, p. 1262). Nesse sentido sustenta-se, também, a licitude num quadro de *fair use* da reprodução-cópia de partes do código protegidas pelos direitos de autor e relativas às *interfaces* do programa descompilado para fins de interoperabilidade (cfr. Vinje, DIT 2/1992, p. 22)

(1074) O que leva a que alguns autores sustentem a ilicitude da descompilação efectuada com vista apenas, por ex., à manutenção do programa (v., por ex., Sucker, *The Software Directive*, p. 18), ou ao estudo das ideias ou investigação (v., por ex., Vinje, DIT 2/1992, p. 20).

(1075) Franceschelli, RDI 1991, p. 184 (identificando o “interesse legítimo” de que fala a directiva, com o “diritto soggettivo” — p. 185).

(1076) Cfr. *Contratos de ‘software’*, p. 84. De notar que a directiva comunitária terá deixado a atribuição do ónus da prova da ilicitude ou da licitude da descompilação à legislação nacional de cada Estado-membro (neste sentido, Vinje, DInfT 2/1992, p. 19, n. 53).

do titular de direitos nos resultados económicos da respectiva exploração do programa ⁽¹⁰⁷⁶⁾.

A faculdade de descompilação, ainda que admitida em termos restritos apenas para fins de interoperabilidade, é, sobretudo, um instrumento de salvaguarda da concorrência no mercado das tecnologias da informação. Na verdade, como bem ilustra o exemplo dos sistemas operativos, “se o fornecedor de um sistema operativo tivesse direitos de autor que protegessem o *interface* técnico entre o sistema operativo e o programa de processamento de texto, o fornecedor poderia ser capaz de controlar o mercado dos programas de processamento de texto que trabalhassem com esse sistema operativo” ⁽¹⁰⁷⁷⁾.

3. Numa breve análise de direito comparado, constatamos que esta solução adoptada por via legislativa a nível comunitário seria consagrada em termos semelhantes pela casuística jurisprudencial dos EUA.

Neste país a descompilação dos programas de computador era defendida por diversos autores, no sentido de permitir o acesso às ideias e princípios e a utilização dos elementos não literais (o conteúdo funcional) dos programas de computador não protegidos pelos direitos de autor com vista a alcançar a interoperabilidade entre os programas e a padronização das respectivas *interfaces*, no quadro dos comandos constitucionais do progresso científico-tecnológico e da livre concorrência no mercado neste sector industrial e comercial da economia. Faculdade esta que, por se traduzir necessariamente na violação dos

⁽¹⁰⁷⁷⁾ Downing, *EC Information Technology Law*, p. 89.

⁽¹⁰⁷⁸⁾ Cfr. Miller, Harvard LR 1993, p. 985 s. A orientação jurisprudencial favorável à descompilação para fins de interoperabilidade, em consonância com a solução legislativa comunitária, re-animou o debate neste país, tendo sido apresentado, inclusivamente, um “Manifesto” no sentido da criação de um regime *sui generis* de protecção dos programas de computador (v. Samuelson/Davis/Kapor/Reichmann, Columbia LR 1994, p. 2318). Para além disso, a questão que se pôs de seguida foi saber se esta jurisprudência poderia ser contornada por sistemas técnicos de protecção anti-descompilação (v. Cohen, California LR 1995, p. 1091). Esta discussão foi ateadada pela proposta legislativa (o chamado “NII Copyright Protection Act of 1995”) de proteger os processos e sistemas tecnológicos utilizados para prevenir e restringir tecnicamente utilizações não autorizadas de obras protegidas, em termos de ser proibida a importação, produção ou distribuição de qualquer dispositivo cujo objectivo principal fosse suprimir, neutralizar ou contornar, sem autorização do titular de direitos ou da lei, qualquer processo, mecanismo ou sistema destinado a prevenir a violação de direitos exclusivos.

E, embora os proponentes entendessem que se o dispositivo de contornamento fosse destinado e utilizado principalmente para fins legais, como o *fair use*, então não violaria

direitos exclusivos do titular, se para uns (“*access’ criticism*”) justificava apenas uma reduzida protecção dos programas de computador pelos direitos de autor — prescrevendo-se uma excepção de descompilação dos programas de computador —, para outros implicava mesmo a consagração de um regime *sui generis* (“*standardization’ criticism*”) (1078).

Porém, o Copyright Act de 1976, alterado em 1980 para proteger ao abrigo do *copyright* os programas de computador enquanto obras literárias — na sequência da proposta da *National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works* (CONTU) — não consagrou, ao contrário da directiva comunitária, uma excepção aos direitos exclusivos do titular que permitisse a descompilação dos programas de computador (1079). Ou seja, não foi adoptado

a disposição, porque cairia na isenção “autorizado por lei” (NII White Paper, p. 231), a verdade é que, em última instância, em virtude da natureza do princípio de *fair use*, isso seria algo que não se poderia determinar *a priori*, antes ficando sujeito a apreciação casuística jurisprudencial; tanto mais que as decisões dos *leading cases Atari v. Nintendo* e *Sega v. Accolade* não terão sido de molde a “reconhecer um privilégio absoluto de descompilar segundo a § 102(b) da Lei baseado na necessidade de obter acesso às ideias não protegidas da obra” (Miller, Harvard LR 1993, p. 1016). Pelo que, sendo a descompilação permitida neste país, não por força de disposição legal, mas antes por decisão jurisprudencial com base naquele princípio, o efeito útil desta jurisprudência, enquanto garante da concorrência mediante livre interoperabilidade, poderia ser contornado pela proibição legal proposta. Sendo que, juntamente com a faculdade de descompilação, toda uma série de isenções tradicionais ao direito de autor ficariam comprometidas, afectando princípios de *public policy* que, por via daquele princípio, o direito de autor se destinaria a prosseguir (v. Netanel, Yale LJ 1996, p. 559 s.; Lessig, Stanford LR 1997, p. 1403 s.).

Acresce que, para além da utilização de sistemas tecnológicos de protecção e da repressão dos dispositivos técnicos destinados a contorná-los, a problemática coloca-se também em sede contratual, uma vez que a lei deste país não fere de nulidade as limitações contratuais aos direitos de utilização, através da proibição, nomeadamente, de descompilação, podendo ser comprometidos os fins visados pela isenção jurisprudencial para fins de interoperabilidade, no caso da descompilação de programas de computador (v., por ex., Lemley, California LR 1995, p. 1239; Elkin-Koren, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 93). Adiante voltaremos a este assunto, que está na ordem no dia em virtude da protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção e identificação instituída pelos novos Tratados OMPI e, na sua sequência, constante da Proposta comunitária, sob designação medidas de carácter tecnológico e informação para gestão de direitos.

(1079) Refira-se a propósito que, ao nível da experiência de outros países, é de destacar que no Canadá a faculdade de *reverse engineering* encontra-se expressamente prevista no art. 17(2) da respectiva lei (v. Zeno-Zencovich, *Le leggi sulla tutela dei programme*, p. 25-6), sendo também admitida, nomeadamente, na Australia (v. Hunter, CL&P 1993, p. 122 s.; Hughes, CL&P 1994, p. 25 s.).

um regime *sui generis* propugnado por certos autores, nem foi consagrada a excepção de descompilação aos direitos exclusivos do titular defendida por outros autores.

Contudo, não obstante se considerar em princípio como constitutiva de ilícito jurídico-autoral, a descompilação viria a ser admitida em certas circunstâncias pela jurisprudência com fundamento na *fair use doctrine*. Como precedentes são de referir o caso *Atari Games, Corp. v. Nintendo of America, Inc.* (Fed. Cir. 1992) e o caso *Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc.* (8th Cir. 1992). Tendo em conta a *equitable rule of reason* consagrada na § 107 do “Copyright Act”, que justifica como *fair use* determinadas utilizações de obras protegidas pelos direitos de autor, para, entre outros, fins de crítica, ensino, investigação — atendendo a certos factores equitativos, como, nomeadamente, o objectivo e a natureza da utilização (comercial ou não lucrativa), a natureza e a quantidade da obra reproduzida nessa utilização, e o efeito de tal utilização no mercado potencial e no valor da obra protegida —, a jurisprudência estadunidense concluiu que, “as articulated in *Sega*, fair use permits decompilation only by someone who merely seeks to create a product that is complementary to, and not a substitute for, an existing work, and only when it is impossible to gain access to the unprotected aspects of the copyrighted work by other means” (1080).

Consagra-se, assim, por via jurisprudencial (1081), com fundamento na *fair use doctrine*, uma faculdade de *reverse engineering* — semelhante à prescrita

(1080) Miller, Harvard LR 1993, p. 1015 (este resultado foi obtido não obstante se considerar que: 1.º o processo de descompilação infringe os direitos exclusivos de autor sobre programa descompilado; 2.º o acesso às ideias não protegidas de um programa não justifica uma faculdade ilimitada de descompilação ao abrigo da § 102(b) do Copyright Act; 3.º que para a utilização do programa de acordo com o “intended use”, a § 117 do Copyright Act permite, nessa medida, ao seu utilizador legítimo, efectuar uma “back up copy” e reproduzir e adaptar o programa, mas que esta excepção não abrange a sua descompilação (cfr. Miller, Harvard LR 1993, p. 1016; v., ainda, Goldstein, *A View from the United States*, p. 210 s.; Benn/Superfinne, JCIInL 1994, p. 537 s.).

(1081) Favorável à solução *case by case* da licitude da descompilação segundo a doutrina do *fair use* em matéria de direitos de autor, e contra a prescrição estatutária consagrada pela directiva no art. 6.º, v. Oman, GRUR Int 1992, p. 891.

(1082) Goldstein, *A View from the United States*, p. 210 s.; sobre o *reverse engineering* nos EUA, v., ainda, por ex., Teter, Stanford 1993, p. 1070 s.; Hayes, CLJ 1993, p. 1 s., CLJ 1994, p. 13 s.; Marly, NJW-Cor 1994, p. 40 s.; Soma/Winsfield/Friesen, Perrit, Rutgers LJ 1994, p. 189, 415 s.; Graham/Zerbe, Rutgers LJ 1996, p. 61.

pela directiva comunitária (1082) — no sentido de permitir, ainda que em *ultima ratio*, o acesso, mediante descompilação, a, e a utilização de, informações indispensáveis à interoperabilidade entre produtos informáticos criados independentemente, promovendo a expressão criativa nos programas de computador e a padronização e compatibilidade entre sistemas informáticos, e potenciando, assim, a livre concorrência neste sector da economia, em

(1083) Para uma crítica cerrada a esta jurisprudência, v. Miller, Harvard LR 1993, p. 1019 s. Crítica esta que não nos parece fundada, uma vez que perspectiva esta excepção à protecção dos programas de computador pelo direito de autor como susceptível de comprometer a protecção dos “trade secrets” utilizados num programa; nas suas palavras: “there is the further risk that the protection of ‘trade secrets’ embedded in computer programs would be impaired if the general understanding were that they could be decompiled freely.” (p. 1026). Salvo o devido respeito, não nos parece que os chamados “trade secrets” sejam susceptíveis de constituir objecto pelos direitos de autor, pelo que não sustentamos que uma excepção a esta tutela jusautorais — no caso, a faculdade de *reverse engineering* — possa ser criticada por uma eventual desprotecção que daí resulte para “coisas” — no caso, os “trade secrets” — que não entram no seu âmbito de protecção; é esta, aliás, a orientação constante da jurisprudência estadunidense (*maxime*, caso *Lotus v. Borland*) firmada no quadro da dicotomia ideia/expressão (v. Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1150 s., também crítico desta jurisprudência).

Apesar das cerradas críticas de que esta jurisprudência foi objecto, em razão de gerar a desprotecção dos segredos de programação das empresas informáticas, a solução acabaria por ser reforçada pela recente lei deste país, que veio consagrar a licitude do contornamento do sistema técnico que impede o acesso ao código genético do programa no quadro de operações de descompilação para fins de interoperabilidade (cfr. Sec. 1201(f) *Digital Millennium Copyright Act*, de 28 de Outubro de 1998. Sobre esta lei pode ver-se, nomeadamente, os nossos *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, BFD 1999, com mais indicações, e *Technodigital Property for Cyberspace: Copyright Issues of Electronic Commerce in the Information Society*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce*, 2000).

(1084) Note-se, porém, que no caso *MAY Systems Corp v. Peak Computer, Inc.* (9th Cir. 1993) o tribunal já recusou considerar como *fair use* a acção não autorizada de carregamento de um programa de computador (protegido) por uma terceira parte na RAM com vista a reparar um sistema informático (v. Arriola, Washington LR 1994, p. 404 s., criticando a decisão).

(1085) Cf., por ex., Lehmann, NJW 1991, p. 2115; Cassotana, CI 1993, p. 1256. Os grupos de pressão foram, de um lado, o europeu ECIS (*European Committee for Interoperable Software*), e, de outro lado, o norte-americano SAGE (*Software Action Group for Europe*). Com efeito, as circunstâncias são restritas em “consequência de resistências muito grandes, principalmente por parte dos interesses norte-americanos. A lei estado-unidense não contemplava a descompilação. Mas, aprovada a directriz, já se prevê a introdução da descompilação na lei daquele país, por se não ter conseguido

termos que, em último termo, reverterem em favor do interesse público ⁽¹⁰⁸³⁾ ⁽¹⁰⁸⁴⁾.

4. O problema da descompilação, carece, pela sua delicadeza — ou não tivesse sido a disposição que mais animou os grupos de pressão deste sector ⁽¹⁰⁸⁵⁾ —, de algumas considerações complementares ⁽¹⁰⁸⁶⁾. Pois que, se a directiva comunitária é inequívoca na exclusão da protecção pelos direitos de autor das ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa de computador, incluindo os que estão na base das respectivas *interfaces* ⁽¹⁰⁸⁷⁾, já o mesmo não se pode avisadamente afirmar relativamente à lógica, aos algoritmos e às linguagens de programação.

Na verdade, considera-se que, “de acordo com este princípio dos direitos de autor, as ideias e princípios *eventualmente presentes* na lógica, nos algoritmos e nas linguagens de programação não são protegidos ao abrigo da presente directiva” (cons. 14). Ou seja, não são a lógica, os algoritmos e as linguagens de programação que não são protegidos, mas apenas as ideias e princípios que naquelas primeiras eventualmente se encontrem. Conclusão esta que é reforçada pelo disposto no art. 1.º, 2, 2.ª parte: “as ideias e princípios *subjacentes a qualquer elemento* de um programa [...]”

impor mundialmente o segredo.” (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 345, n. 4).

⁽¹⁰⁸⁶⁾ Zeno-Zencovich critica os termos restitivos em que se admite imperativamente a descompilação, uma vez que, não existindo uma norma análoga nos EUA, os programas europeus poderiam ser neste país descompilados *ad libitum* (cfr. Zeno-Zencovich, DII 1992, p. 36). Mas, como vimos atrás, a jurisprudência norte-americana — e sendo este um país da *Common Law*, onde os precedentes têm o valor normativo que conhecemos — apenas excepcionalmente tem considerado como *fair-use* a descompilação de um programa protegido pelos direitos de autor. Daí que se fale numa *convergência transatlântica* favorável à interoperabilidade entre sistemas informáticos mediante, ainda que em última *ratio*, descompilação ou *reverse engineering* (cfr. Band/Steinberg/Vinje, CL&P 1992, p. 137 s.).

⁽¹⁰⁸⁷⁾ Art. 1.º, 2, e cons. 13 e 14, DPC.

⁽¹⁰⁸⁸⁾ Wiebe, CL&P 1993, p. 79 (“the most valuable part of a computer program”). Segundo uma análise mais aprofundada das relações entre o programa de computador e o algoritmo poder-se-á dizer até que, inicialmente, “o conceito de programa segundo a definição dada deixa-se subsumir ao algoritmo. [...] Um programa é conseqüentemente um algoritmo para a armação própria da máquina” (Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 82). No sentido da redução do programa ao algoritmo, a proteger mediante um direito conexo, Dietz, *El Derecho de autor*, p. 28 (“el programa mismo (algoritmo)”).

⁽¹⁰⁸⁹⁾ Note, Harvard LR 1990, p. 1053. A palavra algoritmo que tem a sua origem

Deixando agora de parte a lógica e as linguagens de programação, sempre diremos algo sobre os algoritmos, que são considerados “a parte mais importante de um programa de computador” (1088). Com efeito, a directiva parece não excluir a sua susceptibilidade de protecção. Se, como vimos, os algoritmos não são concebidos como ideias e princípios abstractos, parece ter sido também afastada a sua compreensão como puras fórmulas matemáticas, adoptando-se — ou pelo menos não se excluindo *tout court* —, ao invés, um entendimento

na palavra árabe “al-khuvarizmi”, depois recebida no latim como *Algoritmus*, significa um “insieme di istruzioni che definiscono una sequenza di operazioni mediante le quali si risolvono tutti i problemi di una determinata classe” (Italiani/Serazzi, *Elementi di informatica*, 1989, p. 7, *apud* Brock, RDI 1990, p. 324, n. 7). Definição idêntica nos é oferecida por Newell: “an algorithm is an unambiguous specification of a conditional sequence of steps or operations for solving a class of problems” (*apud* Note, Harvard LR 1990, p. 1047, n. 10; v., ainda, NII White Paper, p. 186, n. 511: “An algorithm is a set of logical rules or mathematical specification of a process which may be implemented in a computer”).

Porém, uma definição melhor encontramos na *Britannica*: “An algorithm is a finite set of unambiguous instructions that, when supplied with input values of a predefined nature, produce predefined outputs that result in the solution of a problem. Because algorithms are a central concern of all areas of computer science, many theoreticians concern themselves with the construction and analysis of efficient algorithms. Important classes of algorithms include those for sorting a list, searching for an item in a collection of data, pattern matching (looking for a specific word or phrase within a body of text), or generating random numbers so that sequences of apparently unrelated values can be used in computer simulation or in numeric techniques. An algorithm is encoded in a programming language before it is presented to a computer. The efficiency of an algorithm is most often determined by measuring the time it requires to solve a problem of specified size. For example, the size of a problem that requires the counting of paths in a graph is the number of edges in the graph; the efficiency of a sorting algorithm is expressed as a function of the number of items to be sorted. The memory space that the computer requires to execute a program based on an algorithm is usually of secondary importance” (*The New Encyclopædia Britannica*, Vol. 16, p. 632).

(1090) Os algoritmos não se confundem assim, com puras regras ou fórmulas matemáticas [v., por ex., Wiebe CL&P 1993, p. 79, que, registre-se, não aceita a cindibilidade da forma expressiva codificada dos algoritmos que se utilizam na escrita de um programa de computador, e por isso recusa a protecção do *software* pelos direitos de autor, considerando, porém, que a directiva compreende os algoritmos como puras fórmulas matemáticas (p. 80); além disso sustenta a protecção dos programas de computador enquanto possíveis invenções pelo direito das patentes, e, complementarmente, enquanto *know-how*, pelo direito dos segredos e da concorrência desleal (p. 83-4); desenvolvidamente, Wiebe, *Know-how-Schutz*, 1993, *passim*].

(1091) Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 83 (“Der Algorithmus ist dannach nur ein Teil eines komplizierteren Programms.”).

(1092) Veja-se, a propósito, o art. 47.º CPI e arts. 52.º *et seq.* da Convenção de

actual que os caracteriza como *métodos ou processos funcionais*, ou seja, como sequência de passos com vista à solução de determinados problemas ⁽¹⁰⁸⁹⁾ ⁽¹⁰⁹⁰⁾. Processos estes que podem ser utilizados, entre outros, no sector da indústria informática, por exemplo, para a escrita de um programa — mas não se confundindo com os possíveis resultados da sua aplicação industrial ⁽¹⁰⁹¹⁾ —, e, nessa medida, susceptíveis de fruição económica.

Ora, se é duvidoso que a protecção pelos direitos de autor dos algoritmos tenha sido excluída, visto que esta incide sobre a expressão — a forma expressiva —, o mesmo já não sucede, necessariamente, com a sua tutela jurídica pelo “regime da propriedade industrial”. Pois que, por um lado, enquanto processos ou métodos funcionais (e não como puras ideias ou princípios, nem como puras fórmulas matemáticas) que implicam uma actividade inventiva, em abstracto, parecem poder constituir invenções novas susceptíveis de aplicação industrial ⁽¹⁰⁹²⁾ e, enquanto tais, objecto de um direito de patente, uma vez observados os requisitos materiais e formais de que depende a sua concessão ⁽¹⁰⁹³⁾; ou, pelo menos, por outro lado, enquanto saber-fazer

Munique (CPE).

⁽¹⁰⁹³⁾ Via esta prejudicada, no entanto, pelo apego à necessidade de *tangibilidade* da invenção — pouco consonante, aliás, com a própria natureza incorpórea destas coisas —, traduzida, por exemplo, na incorporação do algoritmo num circuito integrado, que tem revelado, entre outros, a jurisprudência norte-americana, contrariamente ao teor literal do 35 USC § 100 (v. Note, Harvard LR, p. 146 s.), e que o anterior CPI no art. 5.º expressamente consagrava, embora a Convenção de Munique pareça ter apontado noutro sentido. No sentido da patenteabilidade dos algoritmos enquanto *entes a se* distintos dos programas de computador (sendo estes quanto à sua expressão susceptíveis de protecção pelo direito de autor) que os utilizam, v. Ullmann, CR 1992, p. 641 s.; Ensthaler/Möllenkamp, GRUR 1994, p. 151; Benyacar, Rutgers LJ 1993, p. 127 s.; Fortunato, Q. 1990, p. 17 s.; Ghidini, RDI 1987, p. 97 s.; Borruso, DII 1987, p. 75, e Florida, DII 1989, p. 89 s., estes dois últimos *apud* Rinaldi, DII 1994, p. 260, n. 4 (pronunciando-se a autora em sentido semelhante, p. 264). Entre nós, o Prof. Oliveira Ascensão, embora pareça equiparar os algoritmos a processos nega em todo o caso a sua patenteabilidade por força da noção de realidade de que parte (cfr. Oliveira Ascensão, ROA 1990, p. 79, 112, e *Direito de Autor*, p. 474; v., porém, *Direito Industrial*, p. 256).

⁽¹⁰⁹⁴⁾ No direito alemão, sobre a protecção pelo direito da concorrência desleal e dos segredos, Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, UWG § 1, p. 644, § 17, p. 1311-2.

⁽¹⁰⁹⁵⁾ Art. 52.º, 2-c, 3, CPE; art. 48.º, 1-d, *in fine*, CPI (não podem ser objecto de patente “os programas de computador, como tais”). O que para Franceschelli se deve interpretar como uma “presunzione negativa assoluta” de não patenteabilidade dos programas

(*know-how*) ou conhecimento técnico aplicável à indústria, constituindo, independentemente da sua eventual patenteabilidade, segredo industrial ou comercial, cuja disciplina é prevista no quadro da concorrência desleal (art. 260.º-i CPI) ⁽¹⁰⁹⁴⁾.

Relativamente à primeira via de tutela, a CPE e o CPI, embora excluam a possibilidade de serem os programas de computador, enquanto tais, considerados objecto de patentes ⁽¹⁰⁹⁵⁾, já parecem não excluir a patenteabilidade dos algoritmos, entendidos enquanto métodos operativos ou processos funcionais, que são utilizados nos programas de computador (v. art. 47.º, 2, CPI). Ou seja, não sendo estes, nem ideias ou princípios abstractos, nem puras fórmulas matemáticas, mas antes processos ou métodos funcionais, parece que a Convenção de Munique não excluirá a sua patenteabilidade *enquanto tais*, ou seja, enquanto algoritmos (distinguindo-os dos programas de computador em que podem ser utilizados). Portanto, enquanto possíveis invenções novas resultantes de actividade inventiva e susceptíveis de aplicação industrial que, na medida em que não fossem excluídas da patenteabilidade pelo seu carácter ilícito ⁽¹⁰⁹⁶⁾ e se submetessem ao respectivo processo formal, poderiam ser objecto de um direito de patente.

Acresce que não parece ser requerido como requisito de concessão do direito de patente a *tangibilidade* destes processos funcionais, bastando para que uma invenção seja considerada como susceptível de aplicação industrial que o seu objecto possa ser produzido ou utilizado em qualquer género de indústria. Ora, pode perguntar-se se esse não será o caso dos algoritmos: enquanto métodos ou processos funcionais são susceptíveis de diversas utilizações industriais, *maxime* na indústria informática ⁽¹⁰⁹⁷⁾.

Relativamente à segunda via de tutela, parece pressupor, nos termos da cláusula geral constante do art. 260.º CPI, a contrariedade de todo o *acto de concorrência* às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica, praticado com intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo, considerando-se expressamente como tal a ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos de indústria

de computador (Franceschelli, *Computer e diritto*, Rimini 1989, p. 53, *apud* Cassotana, CI 1993, p. 1241, n. 5).

⁽¹⁰⁹⁶⁾ Arts. 53.º, 57.º, CPE, arts. 49.º, 50.º, 2, CPI.

⁽¹⁰⁹⁷⁾ Assim, por ex., Swinson, Harvard JL&T 1991, p. 145 s.

⁽¹⁰⁹⁸⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p. 294.

⁽¹⁰⁹⁹⁾ Neste sentido, distinguindo os algoritmos das puras ideias, e concluindo que,

ou do comércio de outrem (art. 260.º-i, CPI). Assim, os algoritmos seriam protegidos, enquanto segredo industrial ou comercial, contra actos de concorrência desleal, tais como a apropriação, a utilização ou a divulgação por concorrentes do respectivo titular. Vimos mesmo que, segundo a melhor doutrina (¹⁰⁹⁸), não é sequer necessário que se trate de um acto de concorrência desleal, parecendo os segredos beneficiar de um direito especial, ainda que “ocultamente” enquadrado no regime da concorrência desleal.

5. Ora, parece terem estas vias de tutela dos algoritmos sido consideradas pela directiva comunitária como possíveis. Se atendermos ao disposto no art. 1.º, 2 (conjugado com os cons. 13 e, especialmente, 14), concluímos que os algoritmos são tidos como elementos de um programa de computador, distintos, quer, por um lado, das ideias e princípios que neles eventualmente se encontrem (ideias e princípios estes que não são protegidos), quer, por outro lado, da expressão original, sob qualquer forma, do programa (forma expressiva esta que é exclusivamente o objecto da protecção pelos direitos de autor prescrita pela directiva).

Vale isto por dizer que, se assim fosse, os algoritmos, embora, ao contrário das puras ideias e princípios, pudessem, abstractamente, ser objecto de protecção pelo direito das patentes (na medida em que satisfaçam os respectivos requisitos) e de aproveitar da disciplina da concorrência desleal e, até, enquanto segredos industriais ou comerciais, de um direito especial aí contido, não constituiriam, porém, objecto da protecção consagrada pelo legislador comunitário (¹⁰⁹⁹), na medida em que esta abrangeria apenas — e em conformidade com um princípio fundamental de direitos de autor — a forma de expressão original de um programa de computador, e já não — para além das ideias e princípios abstractos e das puras fórmulas matemáticas — os processos ou métodos funcionais, em suma, os algoritmos que utilize.

O que seria da maior importância como facilmente já se perceberá. Pois que, se a descompilação de um programa implica a violação dos direitos exclusivos do autor — traduzida, como vimos, na reprodução do código e na tradução da sua forma não autorizadas —, justificando-se, por isso, que se admita apenas em circunstâncias restritas, já a utilização e transmissão das

embora a directiva não exclua a possibilidade da sua protecção como “conoscenza tecnica” ou *know-how*, não os abranja, porém, “di per si” como objecto da tutela que consagra, Cassotana, CI 1993, p. 1257 e 1262.

(¹¹⁰⁰) Art. 9.º, 1, 1.ª parte.

informações assim obtidas respeitantes aos processos ou métodos funcionais que o programa utiliza não constituiria, por si só, ilícito jurídico-autoral. Poderia ser um acto constitutivo de concorrência desleal ou mesmo, como vimos, um acto violador de direito exclusivo: a directiva comunitária não exclui a possibilidade de os algoritmos serem protegidos, entre outros, por estas vias, dispondo claramente que “as disposições da presente directiva não prejudicam quaisquer outras disposições legais, nomeadamente as relativas a direitos de patentes, a marcas, a concorrência desleal, a segredos comerciais, a protecção de produtos semicondutores ou ao direito dos contratos.” ⁽¹¹⁰⁰⁾

⁽¹¹⁰¹⁾ Lehmann, NJW 1991, p. 2116-7.

Anuncia-se, agora, uma proposta de directiva que explorará a via das patentes. Cfr. Relatório da Comissão sobre a aplicação e os efeitos da Directiva 91/250/CEE relativa à protecção jurídica dos programas de computador, COM(2000) 199 final, 10-4-2000, p. 20. Com efeito, a protecção de patentes para as invenções de software é uma das iniciativas comunitárias anunciadas neste relatório, nos termos do qual a “Comissão verificou que, em certos meios, existe uma concepção errada de que o direito de autor é o único regime existente para a protecção dos programas de computador. Por isso, chama a atenção para a primeira frase, no n.º 1 do art. 9.º da directiva, segundo a qual outras disposições legais, nomeadamente as relativas a direitos de patente e a outros direitos de propriedade intelectual, não serão prejudicadas. A necessidade de criar transparência e certeza jurídica relativamente à protecção das invenções de software por patentes está a ser activamente discutida no seguimento do Livro Verde sobre a Inovação e do Livro Verde sobre a patente comunitária (COM (1999) 42 final): “O Parlamento Europeu pronunciou-se a favor da patenteabilidade dos programas de computador, na condição de que o produto em questão responda a critérios de novidade e de aplicação industrial de uma invenção técnica, como é o caso a nível internacional, com os nossos parceiros económicos, em particular com os Estados Unidos e o Japão. A Comissão partilha esta opinião e sugere uma acção em duas frentes. Em primeiro lugar, para garantir a plena realização e o funcionamento do mercado interno neste domínio, a Comissão apresentará o mais brevemente possível uma proposta de directiva, com base no art. 95.º (ex-art. 100.º-A) do Tratado CE, com vista à harmonização das legislações dos Estados-membros em matéria de patenteabilidade dos programas de computador. Tal directiva deverá garantir a uniformidade de aplicação e de interpretação das novas regras em matéria de patenteabilidade dos programas de computador em toda a Comunidade. Neste contexto, a aplicação paralela das regras relativas ao direito de autor e ao direito das patentes no domínio dos programas de computador não coloca dificuldades especiais, dada a matéria específica abrangida pelos dois tipos de direitos. A proposta de directiva deverá examinar cuidadosamente a questão das excepções a considerar pelo regime geral de patenteabilidade dos programas de computador. Em paralelo a esta acção, cabe aos Estados contratantes da Convenção de Munique proceder à modificação da al. c) do n.º 2 do art. 52.º da Convenção sobre a Patente Europeia, nomeadamente, a fim de eliminar os programas de computador da lista das invenções não

Na verdade, em sede de protecções laterais e imperatividade de certas regras, a directiva comunitária não exclui a possibilidade de outras protecções

patenteáveis. Isto é necessário para garantir a harmonização entre os trabalhos efectuados a nível comunitário e os já lançados no âmbito da Convenção de Munique. Por outro lado, todos os institutos de patentes deveriam divulgar melhor a informação destinada às empresas activas no sector do software, em particular junto das PME, como forma de as sensibilizar para as vantagens económicas que podem advir de uma utilização adequada do sistema de patentes.” Um dos objectivos da protecção de patentes é a cobertura dos princípios e ideias subjacentes de um programa de computador que, de acordo com o décimo quarto considerando da Directiva 91/250/CEE, nunca podem ser protegidos por direitos de autor. Os meios para garantir que os direitos de autor dos programas de computador não são, todavia, afectados constituirão matéria para qualquer legislação futura sobre patentes.” (p. 21-2).

A nosso ver, a Directiva Programas de Computador terá instituído um direito privativo sobre os processos codificados nos programas em sede de regras de descompilação. Ao mesmo tempo, porém, permite a sua utilização para fins de interoperabilidade. Esta “licença legal” de utilização de informações tecnológicas deveria prevalecer mesmo no caso de serem concedidas patentes sobre os algoritmos utilizados na escrita de programas. De outro modo, atento o exponencial crescimento da emissão de patentes (veja-se mais recentemente nos EUA a decisão *State Street*, 1998-9), o imperativo da interoperabilidade, — e tudo o que isso significa em termos de comunicações electrónicas — poderá ser seriamente comprometido. Veja-se agora os nossos *Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador in Direito Industrial*, 2000 (no prelo); *Technodigital Property for Cyberspace: Copyright Issues of Electronic Commerce in the Information Society*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce*, IEEM, Kluwer, 2000; *Internet, direito autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra 1999, p. 272; *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Almedina: Coimbra, 1999, p. 17-8; *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, ROA, 1999, pp. 994-5. Sobre a importância da interoperabilidade ao nível das comunicações electrónicas, veja-se a Decisão n.º 1720/1999/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho de 1999 relativa a uma série de acções e medidas destinadas a garantir a interoperabilidade das redes transeuropeias para intercâmbio de dados entre administrações (IDA) e o acesso a essas redes.

Especificamente sobre o problema da patenteabilidade dos programas de computador (e dos algoritmos utilizados na sua escrita), poderá ver-se, *inter alia*: Hanneman, *The Patentability of Computer Software*, 1985; Teufel, *Patentschutz für Software im amerikanisch-europäischen Vergleich*, in Fiedler, Herbert / Ullrich, Hanns (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, 1997, p. 183; como artigos de revista, *vide* Benyacar, Rutgers LJ 1993, p. 129; Christie / Syme, Sydney LR, 1998, p. 517; Dragotti, RDI 1994, I, p. 539; Hellfel, CL&P 1993, p. 18; Kindermann, CR 1992, p. 577, p. 658; Merges, Berkeley Tech.

jurídicas dos programas de computador resultantes, *nomeadamente*, do direito das patentes, das marcas, da concorrência desleal, dos segredos comerciais, dos produtos semicondutores e dos contratos. Em suma, como refere Lehmann, “a directiva não pretende proteger em exclusividade os programas de computador” (1101).

Mas, todavia, não é claro que o legislador comunitário não tenha acolhido no seio dos direitos de autor a protecção dos algoritmos, pelo menos indirectamente, através das regras da descompilação, uma vez que proíbe a utilização das informações obtidas por via desta para outros fins que não de interoperabilidade. Trata-se, como parece resultar do preâmbulo, da consagração de um direito especial enxertado no tronco direito de autor, cuja disciplina é animada por razões de concorrência, protegendo indirectamente informações cuja utilização seria, no quadro tradicional dos direitos de autor, livre.

Ao mesmo tempo, porém, apesar de a directiva admitir outras vias de tutela, dever-se-á considerar como nula a disposição contratual que não permita o acesso e a utilização e/ou a transmissão de informações respeitantes a elementos do programa necessárias para assegurar a interoperabilidade de um programa de computador criado independentemente, mesmo que esses elementos sejam protegidos, nomeadamente, pelo direito dos segredos (1102) e pela concorrência desleal, como vimos ser susceptível de suceder relativamente aos algoritmos. Na verdade, apesar de ressaltar outras formas de protecção,

AB VNO AD OMNES

L.J. 1999, p. 577; Newman, EIPR 1997, p. 701; Swinson, Harvard J< 1991, p. 145-214; Ullmann, CR 1992, p. 641; Vietzke, CLJ 1993, p. 25. Veja-se ainda sobre a tutela do *software* pelo direito do saber-fazer, Wiebe, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, *passim*.

(1102) Esta interpretação é praticamente consensual na doutrina germânica em face dos §§ 17, 18 UWG, no sentido de que a protecção contratual enquanto *know-how* de determinados elementos do programa relativos às suas *interfaces*, embora não seja proibida expressamente pela “Buchstaben der Richtlinie”, será contrária ao seu espírito — à sua orientação geral de assegurar a interoperabilidade dos sistemas informáticos consagrada no art. 6.º — e, portanto, nula, por violar a sua imperatividade resultante do art. 9.º, 1, 2.ª parte (v. Lehmann, NJW 1991, p. 2117; Dreier, EIPR 1991, p. 325; Moritz, GRUR Int. 1991, p. 702; Wiebe, CR 1992, 138; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, p. 722, *Der urheberrechtliche Schutz*, p. 162-3).

(1103) Czarnota/Hart, *Legal Protection*, p. 96.

(1104) Art. 9.º, 1, 2.ª parte, DPC. Em sentido contrário, porém, parece Cassotana admitir a validade de uma cláusula de proibição de transmissão de *know-how* mesmo nos casos em que seja necessária para assegurar a interoperabilidade de um programa criado independentemente (v. Cassotana, CI 1993, p. 1260). Pelas razões expostas não sustentamos

“a directiva reduziu claramente a protecção que poderia resultar do direito do segredo comercial” (1103). Assim, tratar-se-á tal cláusula de uma estipulação

tal entendimento. Por outro lado, Zeno-Zencovich entende que não deve ser nula a estipulação contratual que autorize o utilizador a fazer das informações obtidas por descompilação em termos mais amplos do que aqueles que são permitidos pelo art. 6.º, nomeadamente, quando o titular dos direitos “consente ad un terzo di effettuare attività di ricerca sul programma e di sfruttare le conoscenze acquisite” (Zeno-Zencovich, DII 1992, p. 39). O que nos parece óbvio: se é o próprio titular dos direitos que autoriza tais utilizações por que razão deveria tal cláusula ser inválida? Problema relevante, em face das regras do direito europeu da concorrência surgirá quando uma empresa em posição dominante recusa conceder uma licença de utilização de informações necessárias à interoperabilidade de sistemas informáticos a um seu concorrente ainda que de um “neighbouring market”. E, de notar, que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no caso *Magill*, partindo da referência fundamental de distinção entre existência e exercício de direitos em matéria de propriedade intelectual (resultante do princípio da territorialidade), considerou que a recusa de concessão de tal licença poderia constituir, em certos termos, abuso de posição dominante (sobre o caso *Magill*, v., por ex., Vinje, DIT 2/1993, p. 16 s.). Esta orientação jurisprudencial seria retomada, posteriormente, no caso *Ladbroke* (cfr. Bonet, RTDE 1998, p. 591).

Refira-se, por outro lado, que, segundo nos quer parecer, aqueles elementos relativos às *interfaces* do programa susceptíveis de ser protegidos, nomeadamente, enquanto *know-how* — embora não pelo direito de autor, pois relativamente aos que o são o problema não se põe —, são precisamente os *algoritmos*, os quais por vezes são equiparados, para efeitos de tutela, às ideias e princípios abstractos, bem como às puras fórmulas e regras matemáticas (v. BGH, “Inkassoprogramm” 1985, “Betriebssystem” 1991, com apoio de Lehmann, NJW 1991, p. 2113; todavia, esta posição seria moderada no sentido de, embora entenda que os algoritmos e a lógica são livres de protecção pelo direito de autor, parece já não os confundir com as ideias, as fórmulas matemáticas, Lehmann, *Richtlinie*, p. 8). Não se procedendo a esta distinção, não se compreende, na verdade, como poderão as partes proteger contratualmente *entidades*, por natureza, inapropriáveis enquanto *know-how*. Com efeito, equiparando-se os algoritmos às puras ideias, aqueles não poderão constituir objecto de protecção contratual pela mesma razão que estas o não podem ser: o princípio da liberdade das ideias constitutivo da ordem pública. Donde, a nulidade de uma estipulação contratual que protegesse estes elementos decorreria, não da sua desconformidade face ao art. 9.º, 1, 2.ª parte, da directiva, mas, desde logo, das regras do objecto negocial (art. 280.º do Código Civil). Parece assim que poder-se-ia referir não aos algoritmos subjacentes às *interfaces* dos programas, mas antes à sua própria expressão — às partes do código relativas às *interfaces* —, as quais, não sendo senão excepcionalmente protegidas pelo direito de autor em função da sua crescente normalização e padronização, seriam, todavia, protegidas contratualmente, enquanto *know-how* ou segredo industrial e comercial, obstando-se, assim, a que pudessem ser utilizados, entre outros, para alcançar a interoperabilidade de um programa criado independentemente. Só que, se tais elementos

contratual contrária ao art. 6.º, cuja *ratio* é precisamente, como vimos atrás, permitir a interoperabilidade dos sistemas informáticos, integrando

não são protegidos pelos direitos de autor é porque carecem de originalidade, ou seja, é porque a expressão dos algoritmos que utilizam não resulta de criação intelectual, antes se *fundindo* — por força da sua normalização e padronização — com estes. Mas, se os algoritmos forem considerados como meras ideias, princípios ou puras fórmulas ou regras matemáticas, tal significa que aquelas disposições contratuais incidem sobre os próprios algoritmos, pois que, nestes casos, deles são incidíveis a expressão codificada. Donde, de novo, concluímos, que essas cláusulas conflitarão com o princípio da liberdade das ideias enquanto tais. Na verdade, “les idées ne peuvent faire l’objet de protection en elles-mêmes” [v. Bercovitz (org.), *La protection des idées*, p. 553].

Pelo que, em nosso entender, a desconformidade de tais estipulações contratuais face ao art. 9.º, 1, 2.ª parte, decorre de ter a directiva considerado os algoritmos, não como meras ideias, princípios abstractos ou puras fórmulas e regras matemáticas, mas antes como métodos operativos ou processos funcionais — como entes *a se*, capazes de fruição económica exclusiva —, susceptíveis de constituírem objecto de direito de patente — quando se verifiquem os respectivos requisitos —, e de serem protegidos, enquanto saber-fazer e segredos técnicos aplicáveis à indústria e ao comércio, pelas regras da proibição da deslealdade dos actos de concorrência e do direito especial nelas contido, bem como, enquanto objecto negocial — agora lícito —, nas relações contratuais. Com efeito, a faculdade de descompilação, ainda que em circunstâncias restritas, foi integrada, imperativamente, no âmbito mínimo de qualquer autorização de utilização de um programa de computador porque considerada necessária para assegurar a interoperabilidade de um programa de computador, e, nessa medida, “legítima e compatível com uma prática leal” (cons. 21). Pelo que, a estipulação contratual que proíba o acesso a e a utilização e/ou a transmissão das informações lícitamente obtidas (quer respeitem à expressão protegida pelos direitos de autor das *interfaces*, quer respeitem aos métodos e processos funcionais utilizadas — fundindo-se — nestas partes do programa) e necessárias para assegurar a interoperabilidade de um programa criado independentemente, deverá considerar-se nula por ser susceptível de frustrar o *telos* devidamente fundamentado do art. 6.º (assegurar a interoperabilidade dos sistemas informáticos, no quadro da tutela da livre concorrência — *motor* da economia de mercado europeia — e da protecção do consumidor).

Isso significa, por outro lado, que a directiva comunitária limitou a protecção dos segredos utilizados na escrita de um programa, quer no âmbito das relações contratuais, quer na aplicação de outras formas de protecção: o *reverse engineering* efectuado lícitamente nas restritas circunstâncias em que é admitido, com vista à interoperabilidade de um programa de computador criado independentemente, é considerado, em qualquer caso, por força do “imperative of interoperability”, decorrente da protecção do consumidor e da tutela da livre concorrência, como uma “utilização legítima e compatível com uma prática leal” (neste sentido, v., ainda, Lehmann, CR 1992, p. 324, 328; Vinje, DIT 2/1992, p. 23; Marly, NJW-Cor 1994, p. 42; Sucker, *The Software Directive*, p. 20). Trata-se de um efeito reflexo do “limite endógeno” aos *property rights* do titular dos direitos de autor, cuja

imperativamente no âmbito mínimo de qualquer autorização de utilização, ainda que em “circunstâncias restritas”, uma faculdade de descompilação. Nessa medida, tal estipulação contratual será nula ⁽¹¹⁰⁴⁾.

Por outras palavras, não obstante enxertar um direito especial relativamente a informações utilizadas na escrita dos programas, ao mesmo tempo impõe limites a esse direito; limites esses que, por se tratar de uma forma de protecção especial, deverão sobrepor-se a estipulações contratuais clausuladas em nome destas outras formas de protecção de natureza diversa do direito de autor, de que, afinal, esse direito comunga.

Assim, deve distinguir-se as informações obtidas por descompilação, consoante estas respeitem à expressão (à forma expressiva) do programa, ou aos processos e métodos funcionais (os algoritmos) que o programa descompilado

imposição se justifica por razões de assegurar a livre concorrência e a protecção do consumidor na economia de mercado europeia (para uma análise económica da solução adoptada, Lehmann, EWS 1994, p. 293 s.). Sendo que a solução comunitária permitiu afirmar que “la Communauté Européenne bénéficie [...] du droit d'auteur sur la protection des logiciels le plus moderne dans le monde” (Vinje, DIT 2/1993, p. 23, GRUR Int. 1992, p. 257).

⁽¹¹⁰⁵⁾ Na prática do Instituto Europeu de Patentes (IEP) e do seu congénere estadunidense relativamente à patenteabilidade de programas de computador e dos processos funcionais e dos métodos operacionais (algoritmos) subjacentes a programas de computador, será importante considerar algumas decisões (em pormenor, v. Strowel/Triaille, *Le droit d'auteur*, p. 205-212; Teufel, *Patentschutz für Software*, p. 183). Na decisão *Vicom* (17-7-1986), o IEP admitiu a patenteabilidade da combinação de um calculador conhecido e de um programa novo com o correspondente processo, podendo a combinação ser realizada pelo programa; tratava-se de um método de tratamento digital de imagens, descrevendo de forma clara, traduzido segundo um algoritmo dentro do programa, as diferentes etapas do processo e a realização pelo computador deste processo. Na decisão *IBM* (6-10-1988) o IEP admitiu a patenteabilidade de um programa de controlo que permitia uma melhor comunicação entre os programas e os documentos numa determinada rede, sendo este programa comparável a um sistema de exploração, que, *inter alia*, coordena as funções internas de base de um computador. Na decisão *IBM/edible document form* (1994), a Câmara técnica de recurso considerou patenteável um sistema que permitia converter os comandos de um programa de tratamento de texto, de modo a que funcionassem com outros programas de tratamento de texto. Idênticas decisões favoráveis são os casos *Pettersson* (1995), relativo a um sistema de gestão de pedidos, e *Sohei* (1995) que respeita a um programa que permite interconectar as unidades informáticas que se desenvolveram de maneira independente nas diversas divisões (gestão, administração, etc.) de uma mesma empresa. Estas decisões foram obtidas, mesmo apesar de o IEP não ter adoptado novas directrizes, ao contrário do congénere estadunidense (*Patent and Trademark*

Office). Nos EUA é hoje claro que a protecção pelo direito de patente (35 USC § 101-376) pode ser concedida às invenções ligadas aos programas de computador (*computer program-related inventions*), contando-se à data de 1994 a concessão de cerca de 11.000 patentes a invenções ligadas a programas de computador. No que respeita à patenteabilidade dos algoritmos eles mesmos, é de referir que no caso *Diamond v. Diehr* (1981), o Supremo Tribunal de Justiça dos EUA considerou que seria patenteável um processo para comprimir e vulcanizar “caoutchouc” sintético, uma vez que este processo utilizava um computador programado de modo a calcular a duração óptima do processo de vulcanização, segundo uma determinada fórmula matemática. Depois desta decisão, firmou-se a análise chamada *Freeman-Walter-Abele* (1982) que implica verificar se o algoritmo é tomado de maneira directa ou indirecta no pedido, sendo que se estiver é de seguida analisado o pedido na sua totalidade: se o algoritmo é realizado de uma maneira específica em ordem a definir as relações estruturais entre os elementos físicos do pedido (sobre um produto) ou de delimitar as fases do pedido (sobre um processo), o pedido será atendido; se, pelo contrário, o algoritmo for simplesmente apresentado na invenção reivindicada, sem que seja aplicado de qualquer modo a elementos físicos ou a fases de um processo, o pedido não será aceite. Todavia, este método parece ter sido abandonado na decisão *In re Iwahashi* (1989) relativo a um dispositivo de auto-correlação utilizado nos modelos de reconhecimento (por ex., o reconhecimento de voz), tendo o tribunal, em recurso, julgado válido o pedido, considerando-o como um todo definitivo um aparelho composto por uma combinação de meios do domínio das invenções enquanto máquina ou produto no sentido da § 101 da lei das patentes. Na decisão *Arrhythmia* (1992) a mesma abordagem foi seguida, dizendo respeito a um método dito de “number crunching” de previsão dos riscos de ataque cardíaco a que está sujeito um paciente que sofre de taquicardia ventricular, uma vez que as fases de conversão a partir dos resultados do electrocardiograma ‘constituem fases de um processo físico que transforma um sinal eléctrico e físico noutra’ e a cifra que resulta do método reivindicado ‘não é uma abstracção matemática; é uma medida em microvolts de uma actividade específica do coração.’ Na decisão *In re Alappat* (1994) tratava-se de um circuito que executava certos cálculos matemáticos em ordem a visualizar melhor a forma de uma onda e a eliminar os efeitos parasitas, tendo o tribunal considerado que, no seu conjunto, o dispositivo não seria um método matemático. Nas decisões *Lowry* e *Trovato* (1994), o tribunal considerou na primeira que as estruturas de dados eram patenteáveis, embora tenha rejeitado o pedido da segunda.

Em 1993, o Instituto estadunidense de patentes (PTO) atribuiu uma patente à empresa *Compton* para um ‘sistema de pesquisa multimedia’ (*Multimedia Search System Using a Plurality of Entry Path Means Which Indicate Interrelatedness of Information*). Todavia, a forte crítica de que essa patente seria capaz de cobrir zonas inteiras do multimedia levou o PTO a decidir reexaminar a patente (v. Strowell/Triaille, *Le droit d’auteur*, p. 212; v., ainda, por ex., Hoeren, CR 1994, p. 525; Gentili, DII 1996, p. 809); sendo que, como diz Victoria Rocha: “Felizmente, com este reexame a patente [multimedia *Compton*] acabou por ser revogada.” (Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 179, n. 22).

⁽¹¹⁰⁶⁾ Vinje, DIT 2/1993, p. 21.

utiliza, uma vez que apenas a utilização e/ou transmissão das primeiras constituirá ilícito jurídico-autoral em sentido estrito — excepto se e na medida em que seja necessária para assegurar a interoperabilidade de um programa criado independentemente —, ao passo que a utilização e/ou transmissão das segundas constituirá, eventualmente, um acto de concorrência desleal e/ou uma violação do direito dos segredos, que a directiva também proíbe, ou, mesmo, como vimos, violação do direito exclusivo de patente ⁽¹¹⁰⁵⁾.

Mas, note-se que, por força do “imperativo da interoperabilidade” ⁽¹¹⁰⁶⁾, sempre que a utilização e/ou transmissão destas últimas informações seja necessária para assegurar a interoperabilidade de um programa criado independentemente, dever-se-á considerar como “legítima e compatível com uma prática leal” (cons. 21), e, nessa medida, não constitutiva, nomeadamente, de concorrência desleal ⁽¹¹⁰⁷⁾, ainda que reprimida pelas regras da descompilação.

Em suma, enquanto o *acesso* às informações, mediante descompilação, não constitui ilícito jurídico-autoral senão nas referidas “circunstâncias restritas”, já a utilização e/ou transmissão das informações assim licitamente obtidas será sujeita a um diverso regime, consoante respeitem à forma expressiva do programa descompilado — o código-fonte expresso em linguagem de programação —, ou aos métodos ou processos funcionais que este utiliza, sendo, todavia, sempre legítima e leal se necessária para assegurar a interoperabilidade de um programa criado independentemente.

⁽¹¹⁰⁷⁾ O que leva a que sustente que a directiva não protege sequer “*in via di fatto*, a *segretezza del know-how*” utilizado num programa (Cassotana, CI 1993, p. 1263). Ainda no sentido do alcance geral da faculdade de *reverse engineering*, por ex., Wiebe, CR 1992, p. 134 s.

⁽¹¹⁰⁸⁾ Entendendo-se que a posição é dominante quando a estrutura da *interface* é dominante face aos padrões de compatibilidade (v. *Guidelines on the Application of the EEC Competition Rules in the Telecommunications Sector*, CMLR 1991, p. 496; v., ainda, Downing, *EC Information Technology Law*, p. 95).

⁽¹¹⁰⁹⁾ Neste sentido, Miller, Harvard LR 1993, p. 1022, n. 212.

⁽¹¹¹⁰⁾ Cons. 26 e 27. Com efeito, como refere Vinje, “control over *interfaces* may allow a dominant vendor to control neighbouring markets [no domínio, nomeadamente, dos sistemas operativos, programas aplicativos, periféricos, CPU's, serviços de manutenção, etc.]. The community has thus acknowledged that dominant vendors may be required under EC competition law to provide necessary interface information to competitors, whether it is copyrightable or not” (Vinje, DIT 2/1993, p. 21-2; v. já antes, Lehmann, NJW 1991, p. 2113, n. 27, e p. 2116).

⁽¹¹¹¹⁾ Considerada a normalização como um dos objectivos em que a Comunidade se encontra “fortemente empenhada” em promover (cons. 9; v., ainda, Barret, CL&P 1993, p. 46 s.).

⁽¹¹¹²⁾ E a quaisquer outras, dado o amplo conceito de ‘*interfaces*’. Nas palavras

Não obstante a delicadeza e importância deste problema, em função das regras de tutela da livre concorrência, constantes dos arts. 85.º e 86.º do Tratado de Roma, as empresas, que ocupem no mercado europeu uma posição de força ou uma posição dominante ⁽¹¹⁰⁸⁾, são obrigadas — o que, em certos termos, lhes pode aproveitar ⁽¹¹⁰⁹⁾ — a publicar as suas informações sobre as *interfaces* nos protocolos de acesso ⁽¹¹¹⁰⁾. Isto conduz, por um lado, à normalização e à padronização das *interfaces* ⁽¹¹¹¹⁾. Mas, por outro lado, gera a ilicitude do acesso a tais informações ⁽¹¹¹²⁾ mediante descompilação ⁽¹¹¹³⁾, porque uma das circunstâncias justificadoras desta excepção é não se encontrarem tais informações já fácil e rapidamente à disposição das pessoas que podem efectuar aquelas operações.

6. Em resumo, recapitulando os passos percorridos, vimos que a descompilação traduz-se no processo inverso à compilação de um programa, consistindo na tradução-conversão do código-fonte em código-objecto, sendo

de um Autor estadunidense crítico à orientação jurisprudencial do seu país de permitir a descompilação das ‘*interfaces*’ dos programas para fins de interoperabilidade: “Seria muito difícil prevenir uma excepção para as *interfaces* dos programas de se estender a outros componentes do programa. Apesar de o termo ‘interface’ poder parecer preciso — talvez por causa de carregar a mística do ‘sanctum’ técnico interno para os não iniciados —, não tem nenhum sentido específico na programação. Certamente, não tem qualquer relevo para os princípios de direito de autor. Praticamente qualquer elemento ou estrutura de um programa comunica com o equipamento (*hardware*) ou com o utilizador ou com outros elementos ou estruturas de um programa ou armazena dados para eles ou relaciona-se com eles de algum modo — o que significa que pode ser um ‘interface’ em relação a eles. Qualquer limitação na protecção de ‘*interfaces*’ seria pois uma limitação à protecção da maior parte da expressão valiosa nos programas, e convidaria os plagiadores a denominar ‘interface’ tudo o que tivessem escolhido copiar sem autorização. Uma tentativa de confinar uma excepção aos ‘*interfaces* de utilizadores’ não teria melhores resultados. Por muito engenhosa que seja a construção frásica, isso criaria uma oportunidade sem limites de apropriação dos programas e de fomento das controvérsias. Por conseguinte, continuar a tratar os *interfaces* não diferentemente de outros aspectos de programas de computador parece eminentemente correcto”. (Miller, Harvard LR 1992, p. 1034).

⁽¹¹¹³⁾ Lehmann, NJW 1991, p. 2116, n. 69 (referindo justamente que não constituirá violação do direito de autor a descompilação das *interfaces* que não sejam protegidas pelos direitos de autor por carecerem de originalidade, sendo que em função da sua crescente normalização e padronização aquelas só excepcionalmente responderão às condições de protecção jurídico-autoral — p. 2113).

⁽¹¹¹⁴⁾ Cfr. *Contratos de ‘software’*, p. 81.

efectuada pelo *firmware* ou programa tradutor incorporado na ROM do computador. O programa de computador é escrito em uma linguagem de programação (por ex., Pascal, Cobol, Fortran, Java, etc.), expressando-se num texto ou código-fonte. Porém, para que o programa assim escrito possa ser lido ou executado pela máquina, é necessário que o código-fonte seja traduzido pela ROM (*Read Only Memory*) do computador, em linguagem binária, naquilo que se chama o código-objecto, o qual é depois interpretado pelo programa intérprete ou *firmware* da CPU (unidade central de processamento) do computador.

A descompilação de um programa de computador é o processo inverso, pelo qual se regressa, *grosso modo*, ao código-fonte, re-convertendo o código-objecto. O objectivo é reverter — daí a expressão inglesa *reverse engineering*, que se traduz em português por engenharia regressiva — o programa na sua forma humanamente legível, ou seja, em algo muito próximo do código-fonte em que foi escrito, através de uma linguagem de programação, permitindo, desse modo, o acesso à lógica e algoritmos, enfim, aos processos utilizados na escrita do programa. São múltiplas as vantagens que se podem tirar da descompilação de um programa. Com efeito, possibilita não apenas a leitura do texto do programa pelo homem (*cum granum salis*, pois que só a um perito será inteligível), mas também a reprodução do código-fonte (por exemplo mediante impressão em papel), como ainda permite a ‘recriação’ do código perdido, a correcção de erros, a sua tradução mediante uma outra linguagem de programação, a sua adaptação ou alteração com a preparação de produtos derivados, quer se trate de actualizações ou melhoramentos do programa original, quer se trate de programas funcionalmente equivalentes, ainda que não expressivamente semelhantes ou idênticos (clonagem).

O relevo económico destas vantagens da descompilação fez com que o art. 6.º da directiva comunitária tivesse sido a disposição que mais animou os grupos de pressão neste sector. De um lado, o *lobby* norte-americano SAGE (*Software Action Group for Europe*) opunha-se à consagração de uma faculdade de descompilação, quaisquer que fossem os seus termos. De outro lado, o *lobby* europeu ECIS (*European Committee for Interoperable Software*) pugnava pela inclusão de uma tal cláusula, ainda que em termos restritos, para se alcançar a interoperabilidade entre os sistemas informáticos. Enfim, a faculdade de descompilação só em termos muito restritos foi admitida, tendo sido motivo de uma verdadeira guerra entre os *lobbies* do sector. Esta faculdade de

(1115) Recorde-se: “Um dos objectivos desta excepção é o de permitir a interacção

descompilação aproveita, directa e indirectamente, ao utente, sendo informada, como temos sustentado, por um princípio de protecção e promoção da livre concorrência neste sector do mercado das tecnologias da informação ⁽¹¹¹⁴⁾.

As condições de licitude da descompilação encontram-se dispostas no extenso art. 6.º Esta norma encerra uma excepção ao princípio de “que qualquer reprodução, tradução, adaptação ou transformação não autorizadas da forma do código em que uma cópia de um programa de computador foi criada, constitui uma infracção aos direitos exclusivos do autor” (cons. 19). Com efeito, consagra-se no art. 6.º a faculdade imperativa de modificação da forma do código do programa, no sentido da sua reprodução e tradução, na acepção das als. *a)* e *b)* do art. 4.º, sem necessidade de, para o efeito, se obter autorização do titular dos direitos sobre o programa. Considera-se que, “em certas circunstâncias uma tal modificação da forma do código de um programa de computador no sentido da sua reprodução e tradução é, na acepção das als. *a)* e *b)* do art. 4.º, indispensável para obter as necessárias informações no sentido de conseguir a interoperabilidade de um programa independente com outros programas”, acrescentando-se que “se deve ter em conta que, em tais circunstâncias restritas, a realização de actos de reprodução e tradução para modificar a forma do código pela pessoa que tem o direito de usar uma cópia do programa, ou em seu nome, é legítima e compatível com uma prática leal, e deve, portanto, ser dispensada da solicitação do consentimento do titular do direito” (cons. 20, 21).

Assim, o exercício desta faculdade de descompilação é admitido em “circunstâncias restritas”, que resultam, ao que parece, não apenas da letra do art. 6.º, mas também da sua interpretação conforme ao preâmbulo São as seguintes as “circunstâncias restritas”: só pode ser exercida pelo legítimo

de todos os elementos de um sistema informático, incluindo os de diferentes fabricantes, de forma a poderem funcionar conjuntamente” (cons. 22).

⁽¹¹¹⁶⁾ As partes dos programas de computador necessárias à sua interoperabilidade são as chamadas *interfaces* (cons. 10-12): 1. “a função de um programa de computador é comunicar e trabalhar com outros componentes de um sistema de computador e com os utilizadores”, sendo que, “para este efeito, é necessária uma interconexão e uma interacção lógica e, quando necessária, física, no sentido de permitir o funcionamento de todos os elementos do suporte lógico e do equipamento com outros suportes lógicos e equipamentos e com os utilizadores, e todas as formas de funcionamento previstas”; 2. “as partes do programa que permitem tal interconexão e interacção entre os componentes de um sistema são geralmente conhecidas como *interfaces*”; 3. “esta interconexão e interacção funcionais são geralmente conhecidas como «interoperabilidade», a qual “é definida como a capacidade de trocar informações e de

utilizador ou, em seu nome, por pessoa devidamente autorizada para o efeito, quando for indispensável para obter as informações necessárias à interoperabilidade entre um programa de computador criado independentemente com outros programas e todos os elementos de um sistema informático ⁽¹¹¹⁵⁾ e na medida em que esses actos se limitem apenas às partes do programa necessárias à interoperabilidade ⁽¹¹¹⁶⁾ e as informações necessárias à interoperabilidade não se encontrem já fácil e rapidamente à sua disposição ⁽¹¹¹⁷⁾.

Por outro lado, as informações assim licitamente obtidas nestas circunstâncias restritas não podem ser utilizadas para outros fins, nem transmitidas a outrem, senão, respectivamente, para assegurar, ou quando seja necessário para, a interoperabilidade do programa criado independentemente, ainda que este último seja um produto concorrente do programa descompilado, porquanto a descompilação deste se tenha efectuado com vista a participar do ‘círculo de interoperabilidade’ daquele. Deste modo, não podem ser utilizadas, nomeadamente, para o desenvolvimento, produção ou comercialização de um programa substancialmente semelhante na sua expressão, ou para qualquer outro acto que infrinja os direitos de autor.

Esta faculdade de descompilação é, assim, apenas admitida como *ultima ratio*, verificadas cumulativamente aquelas circunstâncias restritas, sendo, por seu turno, a utilização das informações obtidas com o seu exercício somente lícita, se e na medida em que sejam necessárias para assegurar a interoperabilidade de um programa — ainda que concorrente do programa licitamente descompilado — criado independentemente. E, nesses termos

reciprocamente utilizar as informações trocadas”.

⁽¹¹¹⁷⁾ De notar, que a não *disclosure* de informações necessárias à interoperabilidade pode ser contrária às regras da concorrência. Com efeito, entende-se que “as disposições da presente directiva não prejudicam a aplicação das regras da concorrência fixadas no arts. 85.º e 86.º do Tratado se um fornecedor importante recusar divulgar informações necessárias à interoperabilidade tal como é definida na presente directiva” (26). Por outro lado, a facilidade e rapidez de acesso a essas informações pode resultar do cumprimento de regras comunitárias tendentes à normalização das tecnologias informáticas. Entende-se, com efeito, que “as disposições da presente directiva não devem prejudicar as exigências da legislação comunitária já adoptada relativamente à publicação de *interfaces* no sector das telecomunicações ou as decisões do Conselho relativas à normalização no domínio da tecnologia da informação e das telecomunicações” (27), as quais revelam que “a Comunidade se encontra profundamente empenhada na promoção da normalização internacional” (cons. 9)

⁽¹¹¹⁸⁾ Cfr. Mallet-Poujol, RIDA 1996, p. 93 s.

restritivos, constitui a descompilação uma faculdade de utilização “legítima e compatível com uma prática leal” (cons. 21) da concorrência. Acresce que esses termos restritivos são reforçados pelo critério interpretativo consagrado pelo art. 6.º, 3: “De acordo com o disposto na Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, as disposições do presente artigo não podem ser interpretadas no sentido de permitirem a sua aplicação de uma forma susceptível de lesar os interesses legítimos do titular de direitos ou que não se coadune com uma exploração normal do programa de computador”. Entende-se, com efeito, que uma excepção deste tipo aos direitos exclusivos do autor não pode ser aplicada de forma a colidir com uma exploração normal do programa ou a prejudicar os interesses legítimos do titular do direito” (cons. 23). E, nessa medida, consagra aquela cláusula geral, à semelhança do art. 9.º, 2, da Convenção de Berna revista, um critério interpretativo que podemos designar como o princípio da interpretação mais favorável ao interesse de participação do titular de direitos nos resultados económicos da exploração da obra.

Importa, ainda, recordar que, em função das regras de tutela da livre concorrência, constantes dos arts. 85.º e 86.º do Tratado de Roma, as empresas que ocupem no mercado europeu uma posição de força ou uma posição dominante são obrigadas — o que, em certos termos, lhes pode aproveitar — a publicar as suas informações sobre as *interfaces* nos protocolos de acesso (cf. cons. 26 e 27). Esta obrigação de *disclosure* imposta pela defesa da livre concorrência, se, por um lado, conduz à normalização e à padronização das *interfaces*, que é um dos objectivos em que a Comunidade se encontra “fortemente empenhada” em promover, resulta, por outro, na ilicitude jurídico-autoral do acesso a tais informações mediante descompilação, porque uma das circunstâncias justificadoras desta excepção é não se encontrarem tais informações já fácil e rapidamente à disposição das pessoas que podem efectuar aquelas operações.

§ 53. INFORMAÇÃO E DIREITO DO PRODUTOR DE BASES DE DADOS

1. A Directiva Bases de Dados instituiu um regime dualista de protecção jurídica das bases de dados. Por um lado, protegeu a estrutura das bases de

(1119) A hipótese de criação de um direito *sui generis* em favor dos produtores de bases

dados pelo direito de autor, prescrevendo, nesse sentido, regras, nomeadamente, quanto aos critérios da originalidade, do objecto, da atribuição da qualidade de autor e do conteúdo, *maxime* patrimonial, do direito de autor. Por outro lado, protegeu o conteúdo das bases de dados mediante a criação *ex novum* de um direito *sui generis*, que visa compensar a desproporção entre os elevados custos de produção e a facilidade de reprodução no quadro do mercado da informação ⁽¹¹¹⁸⁾.

Ora, é justamente deste direito especial sobre o conteúdo das bases de dados que nos ocuparemos seguidamente, caracterizando-o, designadamente, quanto ao fim, ao sujeito, ao objecto e ao conteúdo ⁽¹¹¹⁹⁾.

Antes, porém, devemos referir, que para os programas de computador o legislador comunitário instituiu uma forma de protecção jurídica pouco canónica em face do quadro tradicional do direito de autor, merecendo da parte de muitos o qualificativo de *sui generis*. Já para as bases de dados, parecendo “não querer ter a fama sem lhe tirar o proveito”, criou um direito que baptizou com o *nomen*: direito *sui generis*. Direito este que, anexado ao direito de autor, destina-se, no essencial, a proteger o fabricante de bases de dados contra actos de apropriação abusiva, isto é, de concorrência desleal, à semelhança da norma que proíbe a utilização e/ou transmissão de informações obtidas mediante descompilação de programas de computador para outros fins que não a interoperabilidade de um programa criado independentemente.

Todavia, não se trata apenas de uma figura de protecção relativa de interesses concorrenciais, aferida em função do caso concreto, mediante a ilicitude de exploração de prestações alheias contrária à cláusula da concorrência desleal ⁽¹¹²⁰⁾, mas antes da instituição de um novo direito, com base no princípio de que os bens imateriais apenas podem encontrar reconhecimento e protecção jurídica absoluta quando forem previstos e regulados na lei

de dados remonta ao Livro Verde 1988: definidas como “um conjunto de informações armazenadas e acessíveis por meios electrónicos”, eram tidas como de “importância primordial” na “criação do mercado comum da informação”, sendo já considerada a instituição de um direito *sui generis* de protecção do conteúdo das bases de dados a favor do produtor (p. 198-210). A conclusão pela necessidade de um direito especial seria posteriormente afirmada no ano seguinte (v. Lucas, *Banques de données*, p. 431 s.).

⁽¹¹²⁰⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, *O princípio da prestação*, p. 9 s.; Baumach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, § 1 UWG, p. 606 s.

⁽¹¹²¹⁾ Por todos, Troller, *Immaterialgüterrecht*, I, p. 59 s.

⁽¹¹²²⁾ Kappes, *Rechtsschutz computergestützter Informationssammlungen*, p. 275.

⁽¹¹²³⁾ Cons. 6-8, 10-12, 38-40 DBD. Na proposta de directiva este “direito espe-

(princípio dos *numerus clausus*)⁽¹¹²¹⁾. Com a instituição do direito *sui generis* alarga-se, assim, o quadro dos objectos da propriedade intelectual. Como veremos, “o novo direito de protecção encontra-se segundo o princípio da cumulação dos direitos sobre bens imateriais ao lado de outras já existentes possibilidades de protecção jurídica e não possui portanto qualquer carácter de lei especial”⁽¹¹²²⁾.

2. No capítulo III, sob epígrafe Direito *sui generis*, a directiva criou um direito especial sobre o conteúdo da base de dados. Para compreender a razão de ser desta figura, necessário se torna saber que interesses protege e que fins se destina a prosseguir. E são várias as razões que se aduzem no preâmbulo do diploma para justificar a instituição deste direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados⁽¹¹²³⁾.

Para começar, a extracção e/ou reutilização não autorizadas do conteúdo de uma base de dados constituem actos que podem ter graves consequências económicas e técnicas porque é possível copiar ou aceder a essas bases de dados a um custo muito inferior ao de uma concepção autónoma de uma base de dados.

Com efeito, considera-se que a utilização crescente da tecnologia digital expõe o fabricante de base de dados ao risco de o conteúdo da sua base de dados ser directamente carregado e reordenado por meios electrónicos sem a sua autorização a fim de produzir uma base de dados de conteúdo idêntico mas que não constitua uma violação de qualquer direito de autor sobre a disposição da primeira base de dados. Servindo-nos do exemplo de Cornish, “criar ficheiros digitais de centenas de jornais médicos ou uma colecção nacional de arte ou a actividade diária das trocas bolsistas mundiais é uma actividade dispendiosa e um investimento que poderia ser destruído através do livre acesso para re-cópia. Porém, se o controlo não for possível, eles vão começar a rezar quer aos piratas que querem criar serviços rivais e quer àqueles que querem extrair material para benefício próprio (e talvez de um círculo envolvente) sem pagamento”⁽¹¹²⁴⁾.

cial” chamava-se “direito de se opor à extracção desleal” e consistia em conceder ao criador da base de dados o poder de “impedir a extracção não autorizada e a reutilização do conteúdo da referida base de dados para fins comerciais”, tendo por escopo a “repressão de actos de pirataria e de concorrência desleal” (cons. 29, 12, Proposta DBD).

⁽¹¹²⁴⁾ Cornish, *Intellectual Property*, p. 457.

⁽¹¹²⁵⁾ Wiebe, *Information als Schutzgegenstand*, p. 135.

Depois, é uma ‘medida adicional considerada’ necessária em virtude da “ausência de um sistema harmonizado de legislação e jurisprudência sobre concorrência desleal”. Tendo em conta o risco a que o fabricante se encontra exposto face à utilização da tecnologia digital, a instituição deste direito *sui generis* pretende salvaguardar a posição dos fabricantes de bases de dados relativamente à apropriação abusiva dos resultados do investimento financeiro e profissional realizado para obter e coligir o conteúdo. Para o efeito, protege o conteúdo ou partes substanciais da base de dados contra certos “certos actos cometidos pelo utilizador ou por um concorrente”.

Trata-se, portanto, da protecção de um investimento na obtenção, verificação ou apresentação do conteúdo de uma base de dados durante o prazo limitado do direito, investimento esse que “pode consistir na utilização de meios financeiros e/ou de ocupação do tempo, de esforços e energia”. Sendo que, como referimos, este direito especial sobre o conteúdo das bases de dados é criado na ausência de um sistema harmonizado de legislação e jurisprudência sobre concorrência desleal.

Por último, este direito *sui generis* destina-se a permitir a instituição de “um regime jurídico estável e homogéneo de protecção dos direitos dos fabricantes das bases de dados”, de molde a promover na Comunidade “investimentos em sistemas avançados de gestão da informação”, ou seja, “sistemas modernos de armazenamento e tratamento da informação”. Com efeito, estes sistemas de informação seriam exigidos pelo “aumento exponencial, na Comunidade e a nível mundial, do volume de informações geradas e processadas anualmente em todos os sectores do comércio e da indústria”, justificando-se a promoção do investimento em sistemas de informação através deste direito, ainda, pela circunstância de que existiria um “grande desequilíbrio” entre os níveis de investimento praticados no sector das bases de dados, tanto entre os Estados-membros como entre a Comunidade e os principais países terceiros produtores.

Em suma, a criação deste direito *sui generis*, que se traduz numa forma de protecção concorrencial de “prestações económicas e organizatórias” ⁽¹¹²⁵⁾, é justificado fundamentalmente por três razões. Primeira, o risco a que a utilização da tecnologia expõe os fabricantes de bases de dados quanto aos seus conteúdos. Segunda, a necessidade de proteger os seus investimentos na produção dos conteúdos contra actos de concorrentes e, mesmo, de utilizadores.

⁽¹¹²⁶⁾ Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 196.

⁽¹¹²⁷⁾ No direito alemão fala-se, a propósito, na mera protecção de prestações de

Terceira, a utilidade deste direito como instrumento de promoção do investimento nas indústrias de conteúdos informativos e em sistemas de armazenamento, gestão e tratamento de informação. Considera-se a propósito que o “direito *sui generis* introduzido pela Directiva, coloca o diploma na vanguarda a nível mundial da solução deste tipo de problemas. É um direito com base em pressupostos e com um regime (nomeadamente de duração) diferente do direito de autor que possa incidir sobre a base de dados, pelo que os dois direitos, ou apenas um deles, poderão incidir sobre as bases de dados. [...] Pelas suas características, este direito virá a revelar-se fundamental no desenvolvimento do crescente mercado da informação” (1126).

3. No que respeita ao objecto, conteúdo e sujeito do direito, prescreve o art. 7.º, 1, o dever de os Estados-membros instituírem “o direito de o fabricante de uma base de dados proibir a extracção e/ou reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo desta, quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo”. Ora, analisemos em pormenor a configuração deste direito, em termos de compreender o modo como foi definido.

Para começar, o direito *sui generis* concede ao fabricante de uma base de dados a possibilidade de impedir a extracção e/ou reutilização não autorizada da totalidade ou de uma parte substancial do conteúdo da base de dados. Sujeitos deste direito são, portanto, os fabricantes das bases de dados, isto é, a pessoa “que toma a iniciativa e corre o risco de efectuar os investimentos”, excluindo-se, da “noção de fabricante nomeadamente os subempreiteiros” (cons. 41). Poderes abrangidos pelo direito *sui generis* são possibilitar ao fabricante de uma base de dados proibir ou impedir a prática de determinados actos sobre o conteúdo da bases de dados, a saber: a extracção e/ou reutilização não autorizadas de uma parte substancial da base de dados.

Depois, vale para este direito *sui generis* a definição de bases de dados que também delimita o objecto do direito de autor, nos termos da qual por base de dados “entende-se uma colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros” (art. 1.º, 2). Assim, tratando-se de uma base de dados com estas características, o direito *sui generis* será atribuído quando a apresentação do seu conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo.

Por outro lado, o direito *sui generis*, que “pode ser transferido, cedido ou objecto de licenças contratuais” (art. 7.º, 3), deve ser concedido independentemente de a base de dados e/ou o seu conteúdo poderem ser protegidos pelo direito de autor ou por outros direitos (art. 7.º, 4). Ou seja, o direito especial é atribuído ao fabricante de bases de dados, quer a estrutura e/ou o conteúdo da respectiva base de dados sejam, ou não, protegidos, quer pelo direito de autor, quer por outros direitos, como sejam os direitos conexos sobre prestações e os direitos relativos a dados pessoais.

Assim, a constituição e atribuição deste direito são independentes dos demais direitos, quer sobre a estrutura da base de dados, quer sobre o seu conteúdo. Trata-se de proteger apenas o investimento substancial, de um ponto de vista quantitativo e qualitativo, realizado na produção do conteúdo da base de dados ⁽¹¹²⁷⁾. Sendo que este direito, cuja atribuição pressupõe esse investimento, incide apenas sobre determinados actos, quando seja a extracção e/ou reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, daquele conteúdo ⁽¹¹²⁸⁾.

Com efeito, a directiva tipifica os actos de extracção e de reutilização. Assim, de uma parte, por extracção entende-se “a transferência permanente ou temporária da totalidade ou de uma parte substancial do conteúdo de uma base de dados para outro suporte, seja por que meio ou sob que forma for” (art. 7.º, 2-a). Definido o acto de extracção com esta amplitude e extensão, considera-se, expressamente, que “sempre que a visualização do conteúdo de uma base de dados em ecrã exigir a transferência permanente ou temporária da totalidade ou de uma parte substancial desse conteúdo para outro suporte

“Mühe und Fleiß”, que não serão sequer protegidas pelo direito de autor como “kleinen Münze” (Kappes, *Rechtsschutz computergestützter Informationssammlungen*, p. 280).

⁽¹¹²⁸⁾ A “penumbra” que transparece a definição do objecto deste direito é notória: partes substanciais, avaliadas quantitativa ou qualitativamente, do conteúdo da base que revele um investimento substancial quantitativo ou qualitativo. Na realidade, como refere Lourenço Martins, estamos perante “conceitos fluidos, difíceis de precisar em abstracto e especialmente em cada caso concreto.” (Lourenço Martins, *Direito da Informática*, II, p. 80). Ou, como se escreveu a propósito da indefinição desta definição: “A intenção é louvável, mas os meios são apropriados? A elaboração de um tal direito era sem dúvida tão supérflua quanto perigosa, pois põe em jogo um direito sujeito tanto a controvérsias como a derivações” (Mallet-Poujol, DIT 1/1996, p. 9). Todavia, tal (in)definição tem precedentes, bastando pensar na noção de reprodução constante do art. 176.º, 7, CDADC: “Reprodução é a obtenção de cópias de uma fixação ou de uma parte qualitativa ou quantitativamente significativa dessa utilização.”

⁽¹¹²⁹⁾ V. Strowel/Triaille, *Le droit d'auteur*, p. 278.

é para tal necessária a autorização do titular do direito”, pois que de acto de extracção se trata (cons. 44). De outra parte, por reutilização entende-se “qualquer forma de pôr à disposição do público a totalidade ou uma parte substancial do conteúdo da base através da distribuição de cópias, aluguer, transmissão em linha ou sob qualquer outra forma” (art. 7.º, 2-*b*). O comodato público é expressamente excluído da noção de actos de extracção e/ou reutilização (art. 7.º, 2, *in fine*).

Assim, o direito *sui generis* abrange dois grandes tipos de actos decalcados de formas de exploração em direito de autor. A extracção parece aproximar-se da reprodução, enquanto a re-utilização abrange a colocação à disposição do público do conteúdo da base de dados, seja mediante, nomeadamente, distribuição de cópias, aluguer e transmissão em linha. Trata-se, porém, ao menos este último, de um conceito aberto uma vez que admite qualquer outra forma de colocação à disposição do público, nomeadamente mediante actos de comunicação ao público.

Esta recondução dos termos extracção e reutilização aos conceitos próprios do direito de autor e dos direitos conexos (reprodução, distribuição e comunicação ao público) não é pacífica, embora seja apontada por alguns ⁽¹¹²⁹⁾. A lei inglesa, por ex., conservou os termos extracção e re-utilização ⁽¹¹³⁰⁾.

Não obstante, a concretização destes termos pelas noções próprias do direito de autor já foi operada pelo legislador germânico, que inseriu o direito *sui generis* no capítulo dos direitos conexos, com o nome de direitos do produtor de base de dados ⁽¹¹³¹⁾. Escreve-se a propósito da opção do legislador deste país que “decidiu-se pela aplicação dos conceitos reprodução, distribuição e comunicação ao público e nessa medida pela conservação da terminologia da lei do direito de autor, se bem que soubesse que a ordenação da transmissão digital nos direitos de exploração do direito de autor é controversa e contradiz

⁽¹¹³⁰⁾ *The Copyright and Rights in Databases Regulations* 1997 (Statutory Instrument 1997 N. 3032), Part III Database Right, 12 (v. Shaw, CoL 1998, p. 132).

⁽¹¹³¹⁾ § 87b UrhG [*Rechte des Datenbankherstellers* (1) Der Datenbankhersteller hat das ausschließliche Recht, die Datenbank insgesamt oder einen nach Art und Umfang wesentlichen Teil der Datenbank zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlichen wiederzugeben]; sobre a transposição da directiva, Vogel, ZUM 1997, p. 542; Nordemann/Czychowski, NJW 1998, p. 1603; para uma análise da prática jurisprudencial deste país de protecção das bases de dados não originais através da cláusula geral da concorrência desleal (§ 1 UWG), v. Kappes, *Informationssammlungen*, p. 172 s.

⁽¹¹³²⁾ Hertin, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 87b, p. 587.

⁽¹¹³³⁾ Cornish, *Intellectual Property*, p. 459.

a definição dominante do conceito de publicidade do § 15 (3)” (1132). Todavia, parece o legislador germânico ter orientado a sua decisão já em função dos novos Tratados OMPI considerando a transmissão digital em linha como um acto de comunicação ao público.

A nosso ver, idêntica solução deverá ser seguida entre nós, isto é, dever-se-á inserir o direito do produtor de bases de dados no quadro dos direitos conexos e converter os termos extracção e re-utilização na terminologia própria do direito de autor e dos direitos conexos. Contudo, dever-se-ia ponderar a inclusão da transmissão em linha apenas no direito de comunicação ao público ou admitir a possibilidade de distribuição electrónica, como o fez, aliás, o legislador brasileiro. De resto, deveria ser abandonada a terminologia *sui generis*, utilizando-se, antes, o *nomen* direito do produtor de bases de dados.

A confirmar a aproximação desta figura às categorias do direito de autor e dos direitos conexos é de notar que o acto de distribuição abrangida pela faculdade reutilização do direito *sui generis* está sujeito ao princípio do esgotamento. Na verdade, consagra-se o esgotamento ou exaustão do direito de impedir a re-utilização, dispondo-se que “a primeira venda de uma cópia de uma base de dados na Comunidade efectuada pelo titular do direito ou com o seu consentimento esgota o direito de controlar a revenda dessa cópia” (art. 7.º, 2-*b*).

Não obstante, tal como vimos suceder relativamente ao direito de autor de distribuição das bases de dados, a exaustão deste direito de reutilização aplica-se apenas aos casos em que a base de dados é distribuída mediante cópias materiais, já não quando efectuada mediante transmissão em linha. Com efeito, considera-se que “em caso de transmissão em linha, o direito de proibir a reutilização não se esgota relativamente à base de dados, nem a qualquer cópia material dessa mesma base ou de parte dela feita pelo destinatário da transmissão com o consentimento do titular do direito” (cons. 43).

5. Uma questão extremamente delicada a resolver pela directiva foi harmonizar este direito *sui generis* com os direitos relativos aos elementos que integram o conteúdo das bases de dados. Dispõe-se, expressamente, que a protecção das bases de dados pelo direito *sui generis* “não prejudica os direitos existentes sobre o seu conteúdo” (art. 7.º, 4, *in fine*). Este princípio foi também afirmado nos tratados internacionais (Acordo ADPIC, Tratados OMPI). Mas aí o problema era menor, uma vez que consagravam apenas a protecção pelo direito de autor da estrutura em que se analisará a forma de

expressão protegida.

Agora é diferente, pois criam-se direitos relativamente a actos de utilização do próprio conteúdo. Nessa medida, dá-se uma apropriação, ao menos indirecta, quanto a formas de utilização dos elementos que integram o conteúdo da base. A isso não será estranho o facto de tais poderes recaírem sobre partes substanciais do conteúdo avaliados qualitativa e quantitativamente.

Mas, o que é uma parte substancial? Na óptica do produtor será quase tudo. Como definir com rigor, quais as partes que são abrangidas e quais as que não são? À partida, em abstracto, parece difícil fazer tal avaliação, quando muito poder-se-á propor critérios de avaliação, os quais porém só serão chamados a operar no caso concreto. Nessa medida poder-se-á sustentar que “na medida em que os tribunais tomem seriamente cada elemento na equação, os resultados deverão revelar-se amplamente aceitáveis” (1133).

Não obstante, será necessária a consolidação da concretização jurisprudencial da fórmula legal até se chegar a ter uma ideia mais ou menos precisa do que são partes substanciais ou não. Ou seja, à partida o produtor pode proibir tudo ou quase tudo, só depois se vendo o que, afinal, podia proteger ou não. Isto é importante se tivermos em conta a utilização de aplicações tecnológicas de protecção dos conteúdos. E para saber que dispositivos poderão ser produzidos e distribuídos em termos que não violem esse enigmático direito do produtor de base de dados.

O legislador comunitário tenta explicar-se à semelhança do que já fizera em sede de programas de computador, para justificar que as ideias e os princípios não são protegidos, embora já o possam ser certos elementos, como, aliás, o prova a proibição de utilização de informações obtidas mediante descompilação do programa para outros fins que não a interoperabilidade. Vejamos agora também se no rol de justificações aduzidas se oculta um qualquer desvio ao princípio que se afirma.

Ora, se a regra prescrita não tivesse excepção, então tal significaria que, apesar de os elementos que compõem o conteúdo das bases de dados serem juridicamente protegidos, o direito *sui generis* sobre esse conteúdo atribuído ao fabricante não afectaria os direitos que sobre esses elementos pré-existissem. Nesse sentido considera-se que “a protecção da bases de dados pelo direito *sui generis* não prejudica os direitos existentes sobre o seu conteúdo e,

(1134) No que respeita à reprodução do conteúdo de base de dados electrónica entendia-se na proposta de directiva que “no que se refere à reprodução nas circunstâncias restritas previstas na Convenção de Berna, do conteúdo da base de dados por um utilizador legítimo, quer em suporte electrónico quer não electrónico, deverão aplicar-se restrições

designadamente, quando um autor ou titular de um direito conexo autoriza a inserção de algumas das suas obras ou das suas prestações numa base de dados em execução de um contrato de licença não exclusiva, um terceiro pode explorar essas obras ou prestações mediante a autorização requerida ao autor ou do titular do direito conexo sem que a tal se oponha o direito *sui generis* do fabricante da base de dados, na condição, de que essas obras ou prestações não sejam extraídas da base de dados nem reutilizadas a partir desta” (cons. 18). Ou seja, o direito *sui generis* não prejudica quaisquer outras utilizações desse material se a sua incorporação na base de dados tiver sido objecto de uma licença não exclusiva e, ainda, se essas obras ou prestações não forem extraídas da base de dados nem re-utilizadas a partir desta ⁽¹¹³⁴⁾.

Por outras palavras, o titular de direito de autor ou de direitos conexos sobre obras ou prestações, cuja inserção tenha autorizado, em termos de não exclusividade, numa base de dados, pode autorizar a exploração económica daquelas obras ou prestações a terceiros, sem que a tal se oponha o direito *sui generis* do fabricante. Não obstante, este direito *sui generis* permite ao fabricante impedir que essa exploração económica autorizada a terceiros seja feita pela extracção e/ou reutilização dessas obras e prestações a partir da sua base de dados — na medida em que, note-se, estes actos constituam os pressupostos do direito *sui generis* definidos no art. 7.º, 1, isto é, que incidam sobre partes substanciais do conteúdo da base de dados. Esta precisão é tanto mais importante quanto se considera que “a existência de um direito de se opor à extracção e/ou reutilização não autorizadas da totalidade ou de uma parte substancial de obras, de dados ou elementos de uma base de dados não origina um novo direito sobre essas mesmas obras, dados ou elementos” (cons. 46).

Ou seja, a lógica que subjaz a esta construção é a de que o direito de impedir a extracção e/ou reutilização da totalidade ou de uma parte substancial do conteúdo de uma base de dados, se bem que possa coincidir quanto ao seu objecto com uma obra ou prestação inseridas na base, não significa que origine um novo direito sobre essa obra ou prestação. Estas relevam na configuração do direito *sui generis*, não em si, isto é, enquanto obras ou prestações protegidas, respectivamente, pelo direito de autor ou pelos direitos conexos, mas antes e apenas enquanto partes substanciais do conteúdo da base de dados, em virtude do investimento que exigem (art. 7.º, 1). Iguais

e excepções idênticas às que se aplicaríamos à reprodução das mesmas obras colocadas à disposição do público por outras formas de distribuição” (cons. 26 Proposta DBD).

⁽¹¹³⁵⁾ Cfr. Wiebe, CR 1996, p. 202 s.

considerações valem, *mutatis mutandis*, para os factos e dados incluídos numa base de dados.

Depois, contra o argumento de que este direito *sui generis* significa uma extensão “encapotada” ou a criação de monopólios sobre factos e dados, que, enquanto tais, não são protegidos pelo direito de autor, aduz-se a consideração de que “o direito de impedir a extracção e/ou a reutilização não autorizadas não representa de modo algum uma extensão da protecção do direito de autor aos factos em si ou aos dados” (cons. 45). Em favor desta justificação poder-se-ia dizer que os factos ou dados incluídos na base de dados só constituiriam objecto do direito *sui generis* na medida em que se traduzissem em partes substanciais do conteúdo da base. Ou, ainda, por outras palavras, o objecto de protecção deste direito *sui generis* não seria constituído pelos factos ou dados, enquanto tais, mas, antes, apenas, pelo investimento exigido para a sua obtenção, verificação ou apresentação no fabrico da base de dados, em termos de representarem partes substanciais do conteúdo das bases de dados.

Mas isto é, salvo o devido respeito, “tapar o sol com uma peneira”, não parecendo que estes argumentos sejam realmente convincentes. Este direito presta-se a monopólios e monopólios sobre a informação⁽¹¹³⁵⁾, qualquer que seja a sua natureza (por ex., obras literárias e artísticas protegidas pelo direito de autor ou tombadas no domínio público). Os contornos deste direito, apesar de todas as justificações em contrário, estabelecem um exclusivo sobre a mera informação. O que não deixa de ser problemático, embora seja reconhecida a necessidade de protecção dos produtores de bases de dados no ambiente digital dos sistemas electrónicos em rede⁽¹¹³⁶⁾.

Claro que, teoricamente, uma coisa são os elementos incluídos na base de dados, outra são as partes substanciais desse conteúdo. À partida não será necessário uma grande reflexão para chegar a tal conclusão.

O seu direito só incide, em princípio, sobre as partes substanciais. Mas será de excluir-se que uma parte substancial se identifique com um elemento contido na base, seja ou não objecto de protecção por outros direitos? Pense-se, por ex. numa base de dados electrónica que recolha obras geradas por computador, pense-se em informação tradicionalmente não protegida (por

⁽¹¹³⁶⁾ Cfr. Lehmann, *Digitalisierung*, p. 70.

⁽¹¹³⁷⁾ Wiebe, *Information als Schutzgegenstand*, p. 149.

⁽¹¹³⁸⁾ Lutterbeck, *Harmonisierung des europäischen Informationsrechts?*, p. 132.

⁽¹¹³⁹⁾ Berenboom, *Le Nouveau Droit d'Auteur*, p. 231, n. 115.

⁽¹¹⁴⁰⁾ Cfr. Kappes, *Rechtsschutz computergestützter Informationssammlungen*, p. 282.

ex., informação noticiosa), pense-se em obras caídas no domínio público. Tudo isto poderá constituir partes substanciais do conteúdo de bases de dados.

Quer dizer, será difícil sustentar que sobre esses elementos não recai qualquer protecção específica na medida em que consistam em partes substanciais. Não é por acaso que se vai firmando a figura da “propriedade da informação” (*Informationseigentum*)⁽¹¹³⁷⁾ potenciada pelos desenvolvimentos da tecnologia em termos de transição do “direito à informação” para a “ordenação do conhecimento” (*Wissensordnung*)⁽¹¹³⁸⁾. De todo o modo, sempre se deveria afirmar que o direito *sui generis* não poderá “ir ao ponto de interditar ‘extrair’ as informações elas mesmas, que devem ficar de livre acesso e de livre percurso”⁽¹¹³⁹⁾.

6. Acresce que é ainda ressalvada uma forma lateral de protecção em relação a partes mesmo não substanciais. Ou seja, o direito *sui generis* tem por objecto partes substanciais do conteúdo das bases de dados, investindo o fabricante no poder de impedir ou proibir actos de extracção e/ou reutilização dessas partes substanciais. Mas, para além disso, o conteúdo da base de dados é ainda protegido ao nível das suas partes não substanciais pela cláusula geral constante do art. 7.º, 5: “não serão permitidas a extracção e/ou reutilização sistemáticas de partes não substanciais do conteúdo da base de dados que pressuponham actos contrários à exploração normal dessa base, ou que possam causar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do fabricante da base.”

Ou seja, entende-se que a extracção e/ou reutilização sistemáticas de partes ainda que não substanciais do conteúdo de uma base de dados podem constituir actos contrários à sua exploração normal ou que causem um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do fabricante da base de dados. A distinção entre esta tutela lateral do conteúdo da base de dados daqueloutra que designamos central, releva, sobretudo, para efeitos de licitude dos actos do utilizador legítimo, que trataremos seguidamente.

A configuração do direito sobre o conteúdo das bases de dados resulta ainda da prescrição de direitos e obrigações do utilizador legítimo. Na verdade, o legislador comunitário garantiu determinados direitos mínimos e impôs certas obrigações ao utilizador legítimo de uma base de dados. Sendo que, este leque de direitos e obrigações do utilizador legítimo de uma base de dados é cunhado pela nota da imperatividade, porquanto não se admite cláusula contratual em contrário.

⁽¹¹⁴¹⁾ No sentido de que essas partes não substanciais estarão no domínio público,

Com efeito, esta disposição tem carácter imperativo, uma vez que, nos termos do art. 15.º: “É nula qualquer disposição contratual contrária ao [...] art. 8.º”. Esta norma funda-se no entendimento (cons. 49) segundo o qual deverá prever-se, por um lado, que o fabricante de uma base de dados ou o titular do direito não possa impedir o utilizador legítimo de extrair e reutilizar partes não substanciais da base, não obstante o direito de proibir a extracção e/ou reutilização da totalidade ou de uma parte substancial de uma base de dados; todavia, os poderes do utilizador legítimo são limitados, no sentido de esse mesmo utilizador não poder prejudicar injustificadamente os legítimos interesses do titular do direito *sui generis*, nem do titular de um direito de autor ou de qualquer direito conexo sobre as obras ou prestações contidas nessa base, praticando actos, nomeadamente, de desfiguração ou deturpação (*Entstellung*) ⁽¹¹⁴⁰⁾.

Vale isto por dizer que, no âmbito da sua licença de utilização, o utilizador legítimo tem o direito de extrair e reutilizar partes não substanciais do conteúdo da base de dados. Porém, esses actos, quando praticados de modo sistemático, não podem ser contrários à normal exploração económica da base nem causar prejuízos injustificados aos legítimos interesses do fabricante da base.

Em conformidade com este entendimento, consagra-se o preceito segundo o qual “o fabricante de uma base de dados posta à disposição do público, seja por que meio for, não pode impedir o utilizador legítimo dessa base [ou parte dela] de extrair e/ou reutilizar partes não substanciais do respectivo conteúdo, avaliadas qualitativa ou quantitativamente, para qualquer efeito” (art. 8.º, 1). Não obstante, logo de seguida dispõe-se que “o utilizador legítimo de uma base de dados posta à disposição do público, seja por que meio for, não pode praticar actos que colidam com a exploração normal dessa base, ou lesem injustificadamente os legítimos interesses do fabricante da base” (art. 8.º, 2), bem como “não pode prejudicar o titular de um direito de autor ou de um direito conexo sobre obras ou prestações contidas nessa base” (art. 8.º, 3). Ou seja, embora o utilizador legítimo não possa ser impedido de extrair e/ou reutilizar partes não substanciais do conteúdo da bases de dados ⁽¹¹⁴¹⁾, avaliadas qualitativa ou quantitativamente, para qualquer efeito, “não [lhe] serão permitidas a extracção e/ou reutilização sistemáticas de partes não substanciais do conteúdo da base de dados que pressuponham actos contrários à exploração normal dessa base, ou que possam causar um pre-

Strowel/Triaille, *Le droit d'auteur*, p. 285.

⁽¹¹⁴²⁾ A possibilidade de o utilizador legítimo extrair e reutilizar partes insubstanciais

juízo injustificado aos legítimos interesses do fabricante da base” (art. 7.º, 5).

Ora, isto significa que a tutela lateral do conteúdo das bases de dados prevista no art. 7.º, 5 delimita, em primeira linha, de modo negativo, os actos do utilizador legítimo. Ou seja, embora, em princípio, este não possa ser impedido de praticar actos de extracção e/ou reutilização de partes não substanciais do conteúdo de uma base de dados, já o poderá ser quando esses actos forem praticados de modo sistemático em termos que contrariem a normal exploração económica da base ou causem um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do fabricante da base. Por seu turno, a tutela central do conteúdo das bases de dados refere-se a actos de extracção e/ou reutilização de partes substanciais do conteúdo das bases de dados.

Mas, ao lado desse direito é consagrada uma cláusula geral destinada a proteger o investimento contra actos relativos a partes não substanciais. Nesse sentido, considera-se que “o direito específico de impedir a extracção e/ou reutilização não autorizadas visa os actos do utilizador que ultrapassam os direitos legítimos deste e prejudicam assim o investimento”; direito específico esse que é uma derivação sob forma de cláusula geral e que acresce ao “direito de impedir a extracção e/ou reutilização total ou de uma parte substancial do conteúdo [que] visa não apenas o fabrico de um produto parasita concorrente, mas também o utilizador que, pelos seus actos, atente de modo substancial contra o investimento, tanto em termos qualitativos, como quantitativos” (42, 1.ª parte, e *in fine*) (1142).

Os termos em que aquela forma lateral de protecção foi consagrada têm sido criticados em razão de limitarem, segundo o critério do titular do direito sobre a base de dados, os direitos que são imperativamente garantidos ao utilizador legítimo. Fala-se até na “fobia’ do utilizador” (1143). Com efeito, apesar de lhe serem garantidos determinados direitos mínimos de utilização, não podendo o fabricante impedi-lo de extrair ou reutilizar partes não substanciais do respectivo conteúdo para qualquer efeito, já este o poderá fazer se tais actos forem praticados sistematicamente e se pressupuserem actos contrários à exploração normal da base, ou que possam causar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do fabricante da base.

de obras ou materiais de uma base de dados para fins comerciais, desde que citasse a respectiva fonte, ou sem essa citação, para seu uso pessoal e privado, era prevista na proposta de directiva, embora tenha acabado por ser excluída (art. 8.º, 4 e 5, Proposta DBD).

(1143) Cfr. Mallet-Poujol, DIT 1/1996, p. 11.

Mas note-se que, segundo parece, não será a prática sistemática da extracção e/ou reutilização só por si, mas antes na medida em que pressuponham aqueles actos. Ou seja, parece que para poder impedir a extracção e/ou reutilização de partes não substanciais, não bastará ao fabricante da base invocar a sua prática de modo sistemático, mas a sua relação com um qualquer acto caracterizado nos referidos termos. Será, a nosso ver, uma forma de protecção destinada a permitir ao titular da base de dados “cortar” o serviço quando o utilizador legítimo (ao que parece parte de um contrato de licença: cons. 34) pratique actos de extracção e/ou reutilização de modo sistemático, com efeitos equivalentes à prática de extracção e/ou reutilização de partes substanciais, segundo o *dictum* “grão a grão”.

Neste sentido aponta a transposição alemã, consagrando que “a sistemática ou repetida reprodução, distribuição ou comunicação ao público de partes quantitativa ou qualitativamente não substanciais da base de dados são consideradas equivalentes à reprodução, distribuição ou comunicação de parte quantitativa ou qualitativamente substancial da base de dados, na medida em que tais actos conflituem com a exploração normal da base de dados ou prejudiquem injustificadamente os interesses legítimos do fabricante da base” (§ 87b, 2.^a parte, UrhG). Os AA. falam a propósito da limitação da utilização pelo critério do “aproveitamento normal”, considerando porém que tal depende da natureza da base de dados e do seu fim ⁽¹¹⁴⁴⁾. Sempre será de referir que o critério do aproveitamento normal poderá impedir tais actos uma vez praticados no âmbito de uma actividade concorrencial ou meramente destrutiva (por ex., “engarrafando” o acesso à base, não permitindo o acesso por terceiros autorizados). Tudo isto, em harmonia com o escopo da directiva que é assegurar “o controlo da própria substância da base, dos dados, da informação, permitindo mesmo a oposição à exploração desta” ⁽¹¹⁴⁵⁾.

7. Para além de ter consagrado, positiva e negativamente, e em termos imperativos, os direitos mínimos do utilizador legítimo, o legislador comunitário considerou ainda conveniente consagrar excepções ao direito *sui generis*. Nesse sentido, conferiu aos Estados-membros a faculdade de preverem excepções

⁽¹¹⁴⁴⁾ Cfr. Hertin, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 87b, p. 591-2 (“Generalisierende Begriffsfestlegungen, was als normale Auswertung einer Datenbank anzusehen ist, verbieten sich aber”).

⁽¹¹⁴⁵⁾ Vivant, *Les créations immatérielles*, p. 57.

⁽¹¹⁴⁶⁾ Cfr. Schricker, *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, p. 147.

ao direito de impedir a extracção e/ou a reutilização não autorizadas de uma parte substancial do conteúdo de uma base de dados quando se trate de uma extracção para fins privados, ou para fins de ilustração didáctica ou de investigação científica e quando se trate de uma extracção e/ou reutilização realizadas para fins de segurança pública, ou tendo em vista um processo administrativo ou judicial.

Porém, estas utilizações livres não são ilimitadas, antes sendo permitidas apenas na medida em que “essas operações não prejudiquem os direitos exclusivos do fabricante de explorar a base de dados e que o seu objectivo não se revista de carácter comercial” (cons. 50). Além disso, estas excepções não correspondem às definidas para a estrutura da base de dados enquanto possível objecto do direito de autor ⁽¹¹⁴⁶⁾.

As excepções ao direito *sui generis* são dispostas no art. 9.º, nos termos do qual os Estados-membros podem prever que o utilizador legítimo de uma base de dados posta à disposição do público, seja por que meio for, possa, sem autorização do fabricante da base extrair e/ou reutilizar uma parte substancial do seu conteúdo sempre que se trate: 1.º de uma extracção para fins particulares do conteúdo de uma base de dados não electrónica; 2.º de uma extracção para fins de ilustração didáctica ou de investigação científica, desde que indique a fonte e na medida em que tal se justifique pelo objectivo não comercial a atingir, podendo os Estados-membros limitar essa autorização a certas categorias de estabelecimentos de ensino ou de investigação científica (cons. 51); 3.º de uma extracção e/ou de uma reutilização para fins de segurança pública ou para efeitos de um processo administrativo ou fiscal.

Assim, os actos de extracção e apenas estes são permitidos para fins particulares, no caso de bases de dados não electrónicas, e para fins de ensino

⁽¹¹⁴⁷⁾ Cons. 52. Não obstante — *et pour cause* —, coloca-se aqui o problema de saber se as excepções previstas na Proposta apresentada são aplicáveis a este direito *sui generis*. Em relação às excepções expressamente previstas na Directiva Bases de Dados, trata-se de um elenco mais restrito do que o constante da Proposta de harmonização apresentada. Mas, afectará as excepções ao direito exclusivo do fabricante de bases de dados? Com efeito, a Proposta “refere-se à protecção jurídica do direito de autor e dos direitos conexos” (art. 1.º, 1), sendo aplicável, “salvo disposição em contrário”, sem prejuízo das disposições comunitárias existentes em matéria de, *inter alia*, protecção jurídica de bases de dados (art. 1.º, 2-*e*). Ora para além de não haver disposição, pelo menos, expressa em contrário, o preceito relativo às excepções refere-se aos direitos de reprodução e comunicação ao público, e não extracção e reutilização. A Proposta de Directiva, considerando que “as excepções existentes aos direitos, tal como previstas a nível dos Estados-membros, devem

ou investigação científica. Os actos de reutilização só se admitem para fins de segurança pública e de justiça. Isto significa, por ex., que não é permitida a cópia privada de base de dados electrónica e que o ensino à distância não justifica uma excepção ao exclusivo de reutilização.

Mas, para além de discriminar as excepções em função dos actos que podem ser praticados, nota-se a ausência de excepções tradicionais ao direito

ser reapreciadas à luz do novo ambiente electrónico [...] estabelece uma enumeração exhaustiva das excepções ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público” — sendo algumas aplicáveis apenas ao primeiro (por ex., na entrega em linha por Bibliotecas) —, para determinados casos, nomeadamente para fins educacionais e científicos, a favor de instituições públicas como bibliotecas e arquivos, para efeitos de notícias, citações, utilização por pessoas com deficiências, para utilização relacionadas com a segurança pública e para a utilização em processos administrativos e judiciais, para a reprografia e a cópia privada analógica ou digital, isto é, a reprodução de material audio e audiovisual para utilização privada (cons. 20-9, Proposta). Este leque de excepções, cuja harmonização é proposta, não corresponde, portanto, às excepções previstas para o direito exclusivo do fabricante de base de dados, não sendo os termos da Proposta claros se se lhe aplicam ou não. Com efeito, o legislador comunitário considera que os Estados-membros podem manter excepções previstas para direitos semelhantes aplicando-as ao direito *sui generis*. Mas, sendo o caso, poderão alargá-las de acordo com a Proposta apresentada no caso de esta ser adoptada?

(¹¹⁴⁸) Na proposta de directiva bases de dados dispunha-se que, apesar do direito de impedir a extracção e a reutilização não autorizadas do conteúdo de uma base de dados, “caso as obras ou materiais contidos numa base de dados posta à disposição do público não possam ser criados, compilados ou obtidos de forma independente a partir de outra fonte, o direito de extrair e reutilizar, no todo ou em parte, as obras ou materiais da base de dados para fins comerciais, deverá ser assegurado mediante licença concedida em condições equitativas e não discriminatórias”, o mesmo valendo “caso a base de dados seja posta à disposição do público por uma autoridade pública” (art. 8.º, 1, 2), devendo, para o efeito, ser criado um sistema de arbitragem e sendo que “tais licenças não deverão ser solicitadas por meras razões de conveniência comercial, tais como economia de tempo, esforços ou investimento financeiro” (cons. 33, v. ainda cons. 31 a 35, Proposta DBD). Tal licença obrigatória foi, todavia, abolida. Não obstante, considera-se que a decisão Magill do TJCE fornece uma base anti-*trust* contra a utilização abusiva do direito *sui generis* (cfr. Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*, p. 441).

(¹¹⁴⁹) Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*, p. 439; v., ainda, Strowel/Triaille, *Le droit d'auteur*, p. 277 (com referências concordantes). A circunstância de o legislador comunitário não ter consagrado expressamente um direito conexo foi objecto de críticas, considerando-se que teria “andado depressa demais” na criação de um direito de protecção *sui generis*, ao invés de ter optado por um direito conexo (Weber, UFITA 1996, p. 30). Não obstante — *et pour cause* —, a generalidade dos AA. terá abrandado o fulgor criativo comunitário reconduzindo tal figura *sui generis* ao *gurgite vasto* dos direitos conexos. Houve,

de autor. Dentro destas excepções não constam, nomeadamente, os actos de extracção e/ou reutilização para fins de informação e de arquivo. É verdade que o legislador comunitário considera que “os Estados-membros nos quais estão em vigor normas específicas que estabelecem um direito semelhante ao direito *sui generis* [...] devem poder manter, em relação ao novo direito, as excepções tradicionalmente previstas por essa mesma legislação” (1147).

Ora, um direito que nos parece assemelhar-se a este direito *sui generis* encontra-se no âmbito dos direitos conexos e consiste no direito conexo dos produtores de fonogramas e videogramas (1148). Sendo que constitui entendimento geral, para além de já ter acolhimento legal, a equiparação deste direito especial à figura dos direitos conexos, falando-se a propósito num “direito conexo para o produtor de bases de dados” (1149).

Nessa medida, parece-nos que na transposição da directiva deverão ser

porém, quem entendesse que melhor seria deixar o problema entregue às regras da concorrência desleal, tanto mais que o regime instituído, em razão dos seus termos pouco claros, não teria gerado o efeito de segurança e certeza que seria desejado através de um direito de propriedade intelectual, antes pelo contrário introduzindo neste quadro um elemento de perturbação dogmática considerável (cfr. Mallet-Poujol, DIT 1/1996, p. 6 s.).

(1150) Não deixa de ser sintomático que a directiva não consagre certas limitações tradicionais como para fins de informação ou de arquivo. As leis do direito de autor contêm normalmente excepções ou limitações aos direitos do titular destinados a promover a ciência, a investigação, a educação e o acesso público à informação, sendo que este tipo de excepções e limitações têm sido consideradas aceitáveis segundo os princípios da Convenção de Berna (Art. 10.º).

O sistema de *copyright*, por ex., contém normas de *fair use* e *first sale* que promovem a partilha da informação, tal como excepções à comunicação pública de obras protegidas pelos direitos de autor em salas de aula, e licenças legais para o empréstimo entre bibliotecas (17 USC § 107-110). Neste país, em face da proposta de introdução de um regime *sui generis* de protecção das bases de dados, parece prevalecer o entendimento de que a melhor maneira de o legislador proteger a ciência, a investigação e a educação será pela não adopção de um regime que crie uma nova forma de direitos de propriedade intelectual relativo ao conteúdo de bases de dados decalcada a partir das noções do *copyright*: para proteger os produtores de bases de dados, para além da protecção que já beneficiam pelo direito de autor relativamente a selecções e disposições originais de dados, dever-se-ia seguir um regime modelado segundo regras de concorrência desleal (cf. Lourenço Martins, *Direito da Informática*, II, p. 57). Esta parece ser a orientação que preside, como vimos, ao *Collections of Information Antipiracy Act* (H.R. 2652, October 9, 1997).

A nível europeu, a orientação foi outra, e optou-se, com fundamento, *inter alia*, na inexistência de um regime harmonizado de concorrência desleal, pela criação de um novo direito de propriedade intelectual. Ora, justamente, os termos em que legislador comunitário configurou o direito *sui generis* não deixam de evidenciar o quanto as excepções e limitações

adequadamente adoptadas as utilizações livres permitidas pelo art. 189.º CDADC, entre as quais se contam, nomeadamente, as fixações ou reproduções

aos direitos de autor por razões de interesse público têm estado debaixo de fogo, falando-se mesmo na “caça às excepções” (Oliveira Ascensão, *O direito de autor como direito da cultura*, p. 1055). Em causa estão fins de interesse público, tais como a ciência, a investigação, a educação, o acesso público à informação e a preservação da memória cultural. Historicamente, as bibliotecas e os centros de arquivo têm desempenhado um relevante papel na promoção do acesso público à informação, independentemente da capacidade de pagar do utilizador. Actualmente estão em curso várias iniciativas de bibliotecas digitais, tendo por objectivo a continuação desta prática, pondo ao seu serviço as novas possibilidades tecnológicas. Dizer isto não significa que todas as utilizações de material protegido para estes fins devam ser livres. Trata-se apenas de afirmar que uma lei de direito de autor que vise promover o interesse público pode impor limites aos direitos para alcançar objectivos de interesse geral mesmo quando os titulares de direitos possam preferir um controlo ilimitado sobre a sua exploração. Com efeito, o interesse geral emerge de modo negativo como fundamento para possíveis limites ao direito de autor, e isso é possibilitado num quadro constitucional que o conceba como direito de propriedade (cfr. Schricker, in Schricker, *Urheberrecht*, Einl, p. 56). Ao invés, uma concepção meramente mercantil ou comercial destes direitos negligencia os benefícios a longo prazo destas excepções e limitações de interesse público, esquecendo que a promoção da educação na economia da informação é particularmente importante, uma vez que as próprias indústrias de informação dependem da vontade e capacidade das pessoas para consumir produtos de informação (cfr. Samuelson, *Role of Copyright*, p. 33).

Ora, a nosso ver, o direito *sui generis* não deveria limitar os limites ao direito de autor, tal como já sustentámos. Enquanto direito conexo, o direito *sui generis* não deveria proibir aquilo que o direito de autor permite, sendo, portanto, também aqui desejável uma utilização selectiva de excepções e limitações de interesse geral. Na transposição da directiva o legislador deverá, em nosso entender, considerar a reafirmação das limitações de interesse geral que favorecem a ciência e a educação e, mesmo, criar novas excepções e limites para fins como sejam a promoção do ensino à distância, ainda que algumas limitações devam ser adequadas ao novo ambiente digital em rede. Por isso, o nosso legislador deverá ter um cuidado especial na transposição desta directiva, pois que a informação não é uma mera mercadoria. Deverá, *mutatis mutandis*, fazer como fez com os programas de computador, em que permitiu expressamente a análise para fins de pesquisa científica ou ensino. Nesse sentido se pronunciava, aliás, a melhor doutrina, considerando que: “Um dos limites que parece indispensável é a salvaguarda da *análise para fins de pesquisa científica ou de ensino*. Se isso não fosse possível, haveria uma grande anomalia na ordem social.” (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 348).

Agora, em sede de bases de dados, deverá o nosso legislador ter as mesmas preocupações. Neste domínio a lei alemã terá ficado aquém do que seria desejável, pois que bastou-se com os limites ao direito *sui generis* expressamente contemplados na directiva, não consagrando outros como, designadamente, a reprodução para arquivo e o direito

realizadas por entes públicos ou concessionários de serviços públicos por algum motivo excepcional de documentação de documentação ou para arquivo.

de citação (§ 87c UrhG, v. Hertin, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 87c, p. 593-5). Solução esta que, aliás, os autores pareciam recear, questionando “se a introdução era realmente necessária [e] em especial o perigo de consistir numa abrangente e ilimitada usurpação do princípio de que a mera informação não deveria ser propriamente objecto de um direito de exclusividade.” (Kappes, *Rechtsschutz computergestützter Informationssammlungen*, p. 285). De resto, a lei alemã foi ainda mais “generosa” para os produtores de bases de dados do que a proposta apresentada no Congresso estadunidense (*Collections of Information Antipiracy Act*, H.R. 2652, Oct. 9, 1997), a qual prevê ainda como actos permitidos, por ex., a extracção ou utilização de informação com o único objectivo de relatar notícias; neste país, aliás, o princípio do livre fluxo da informação é um valor fundamental que os tribunais invocam para recusar protecção a meros factos, sendo de referir, recentemente, o caso em que a jurisprudência invocou esse princípio para recusar protecção pelo *copyright* às chamadas ‘hot-news’ no caso *National Basket Association and NBA Properties v. Motorola* (US Court of Appeal, 1997), considerando-se a propósito que o “Tribunal reiterou a importância do princípio da liberdade de informação, segundo o qual nenhuma lei pode refrear a livre circulação de informação” (Ghia, *The USA between Internet and Copyright*, p. 74).

Não obstante — *et pour cause* —, nos EUA tem havido grandes resistências à introdução de um regime *sui generis* para a protecção das bases de dados, chegando mesmo a considerar-se que as “recomendações de que deveria haver uma tal protecção dificilmente constituem agenda legislativa” (Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1250). O que coloca a indústria deste país, aparentemente, numa posição de desvantagem, tanto mais que no caso *Feist* (1991) reverteu-se a anterior jurisprudência no sentido de passar a ser exigida originalidade (*modicum of creativity*) como critério de protecção pelo *copyright*, não protegendo meros factos, e restando, desse modo, a via contratual sancionada no caso *ProCD v. Zeidenberg*, 1996 (sobre os casos *Feist* e *ProCD-Zeidenberg*, v. Greguras, *U.S. Legal Protection for Databases*, p. 1-9). Por isso escrevia-se antes dos novos Tratados OMPI: “A protecção de bases de dados pela lei estadunidense encontra-se num estado desconfortável de ambiguidade. Sob a lei estadunidense, os contornos da protecção pelo direito de autor continuam obscuros e a protecção efectiva das bases de dados pelo direito dos contratos encontra os tribunais em desarmonia. Isto conduziu a iniciativas de legislação especializada na cena nacional e o apoio de protecção *sui generis* nas deliberações do tratado. Ambas as propostas incorporam forte protecção substancial contra uso injusto, até aqui desconhecido na lei estadunidense. Depois, estas propostas incorporam ambas pela primeira vez a importação, produção ou distribuição ilícita de dispositivos de contornamento de [sistemas técnicos de] protecção. De um ponto de vista prático, esta medida tecnologicamente orientada poderá provar-se como sendo a inovação mais significativa para os titulares de bases de dados protegendo efectivamente as suas obras contra actos de *copying* e concorrência desleal” (v. Leaffer, *Database Protection in the United States*, p. 505 s., com mais jurisprudência e anexos de legislação proposta).

Entretanto, na transposição da Directiva, o legislador não aproximou o direito do

Apesar de esta faculdade de utilização já estar consignada em termos restritos, quando comparada com o modo como é prevista no art. 75.º-d, CDADC, dever-se-ia lançar mão dela pelas mesmas razões que acima defendemos que a Proposta de directiva, apesar de não o dizer expressamente, deve ser interpretada no sentido de abranger também a excepção para arquivo e documentação. A preservação da herança cultural e da memória cultural é, a todos os títulos, um motivo excepcional que justifica a excepção ao menos nos termos restritos em que o Código a consagra para os direitos conexos ⁽¹¹⁵⁰⁾.

8. No que respeita ao prazo de protecção, isto é, relativamente ao momento a partir do qual e ao tempo durante o qual o direito *sui generis* é concedido, a regra geral consta do art. 10.º, 1, nos termos do qual este direito “produz efeitos a partir da data de conclusão do fabrico da base de dados, e expira ao fim de 15 anos a contar de 1 de Janeiro do ano seguinte da data da conclusão”. Ou seja, o direito *sui generis* existe a partir do momento em que o fabrico da base de dados é concluído, sendo que incumbe ao seu fabricante “o ónus da prova da data de conclusão do fabrico” (cons. 53), pelo prazo de 15 anos a contar de 1 de Janeiro do ano seguinte à data da sua conclusão. Não obstante, se a base de dados for posta à disposição do público antes do decurso dos quinze anos posteriores à sua conclusão, o prazo contar-se-á a partir de 1 de Janeiro do ano seguinte àquele em que a base de dados tiver sido posta pela primeira vez à disposição do público (art. 10.º, 2).

Por outro lado, quando a base de dados sofre uma alteração substancial do seu conteúdo, em termos de ser considerada como um novo investimento, as regras do prazo contam-se, autonomamente, para esse novo investimento. Com efeito, dispõe o art. 10.º, 3, que “qualquer modificação substancial,

produtor de bases de dados dos restantes direitos conexos ao direito de autor, por entender que: “No plano do direito interno, a aprovação de um regime específico para a protecção das bases de dados — não as integrando simplesmente no âmbito do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos — permite a resolução de dúvidas quanto à natureza de algumas situações, bem como a consideração das especificidades de que esta matéria se reveste, seguindo assim a opção tomada pelo legislador quanto à protecção de programas de computador, prevista no Decreto-Lei n.º 252/94, 20-10.” Além disso, ficou-se pelas excepções ao direito do produtor consagradas pela Directiva, não lhe aplicando as excepções válidas para os direitos conexos em geral. Registe-se, porém, o abandono da denominação “*sui generis*” em favor do nome “direito especial” (vide Capítulo III, especialmente art. 15.º sobre as utilizações livres, do Decreto-Lei n.º 122/2000, 4-7).

⁽¹¹⁵¹⁾ Trata-se, por isso, de um regime diferente do direito das marcas, cujo período

avaliada quantitativa ou qualitativamente, do conteúdo de uma base de dados, incluindo quaisquer modificações substanciais resultantes da acumulação de aditamentos, supressões ou alterações sucessivos que levem a considerar que se trata de um novo investimento substancial, avaliado qualitativa ou quantitativamente, permitirá atribuir à base resultante desse investimento um período de protecção próprio”. Ou seja, cada investimento deverá ser valorado autonomamente, ainda que seja feito a partir e com modificação do conteúdo pré-existente, e poderá ser objecto de um período de protecção próprio.

Poder-se-ia dizer que o conteúdo não cairá no “domínio público” se forem feitos novos investimentos substanciais que justifiquem um prazo próprio de protecção, que desse modo prolonga a protecção anterior⁽¹¹⁵¹⁾. Para obstar a esse resultado a lei alemã dispôs que “a base de dados cujo conteúdo tenha sido modificado de um modo que é qualitativamente e quantitativamente substancial é considerada uma nova base de dados desde que a modificação implique um investimento qualitativa e quantitativamente substancial” (§ 87a, 2.^a parte, UrhG). Nessa medida, tratando-se de uma nova base de dados não se pode dizer que o prazo de protecção seja prolongado, pois que de uma nova base se trata, que é protegida autonomamente. Tal não impede os AA. de considerarem que “as bases de dados podem por isso gozar em princípio de protecção indefinidamente”⁽¹¹⁵²⁾.

Atente-se, porém, que este novo prazo de protecção é condicionado à verificação de um novo investimento avultado, incumbindo o ónus da prova ao fabricante. Lê-se no preâmbulo que qualquer novo investimento avultado que implique um novo prazo de protecção poderá exigir uma verificação substancial do conteúdo da base de dados, incumbindo ao fabricante da base resultante desse investimento o ónus da prova da reunião dos critérios que permitam concluir que determinada alteração substancial do conteúdo de uma base de dados deverá ser considerada, ou não, como um novo investimento avultado em termos de beneficiar daquele prazo próprio de protecção (cons. 53-4).

9. Relativamente aos beneficiários do direito *sui generis*, são eles o fabricante ou o titular do direito sobre a base de dados que sejam nacionais dos Estados-membros ou tenham residência habitual no território da Comunidade, bem como ainda as sociedades e empresas constituídas nos termos do direito de um Estado-membro e que tenham a sua sede social,

de protecção de 10 anos é indefinidamente renovável por períodos iguais (art. 205.º CPI).

administração central ou estabelecimento principal na Comunidade, devendo a sua actividade possuir uma ligação real e permanente com a economia de um dos Estados-membros se essa sociedade tiver apenas a sua sede social no território da Comunidade (art. 11.º, 1 e 2).

Para os demais casos aplica-se a regra da reciprocidade material, isto é, entende-se que “o direito de se opor à extracção e/ou à reutilização não autorizadas do conteúdo de uma base de dados só se aplica às bases de dados cujos fabricantes sejam nacionais de países terceiros ou neles tenham residência habitual, e às bases de dados produzidas por pessoas colectivas não estabelecidas num Estado-membro, na acepção do Tratado, na condição de estes países terceiros proporcionarem uma protecção idêntica às bases de dados produzidas por nacionais de um Estado-membro ou pessoas que tenham residência habitual no território da Comunidade” (cons. 56). O objectivo parece ser escapar ao princípio do tratamento nacional nos termos previstos pelo Acordo ADPIC.

Contudo, esta via não é pacífica, sendo duvidoso que esteja em conformidade com os tratados internacionais. Nas palavras de Cornish: “A Directiva impõe um teste de reciprocidade material para que os países de origem não pertencentes ao EEE [Espaço Económico Europeu] possam beneficiar deste direito *sui generis* (art. 11). Isto tem uma especial ressonância, considerada a paucidade de protecção que presentemente é concedida em face da lei dos EUA. Nada no Acordo ADPIC inibe especificamente esta prerrogativa, uma vez que este Acordo requer apenas que o direito de autor seja atribuído em relação a arranjos originais de bases de dados (art. 10(2)). Mas o Acordo ADPIC exige o cumprimento das disposições substantivas da Convenção de Paris sobre Propriedade Industrial (art. 2(1)), e o art. 10^{bis} desse venerável tratado requer que a protecção seja concedida contra a concorrência desleal nos termos do princípio do tratamento nacional entre os Estados da União. Poderemos, por isso, estar tão seguros de que a estrita reciprocidade quanto do direito *sui generis* das bases de dados esteja internacionalmente em ordem?”⁽¹¹⁵³⁾

Há, na verdade, quem considere que o direito *sui generis* não é senão um regime alargado de concorrência desleal e que, interrogando-se sobre a necessidade de legislar para transpor a directiva, considere: “Pela nossa parte,

⁽¹¹⁵²⁾ Hertin, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 87a, p. 585.

⁽¹¹⁵³⁾ Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*, p. 440-1.

⁽¹¹⁵⁴⁾ Mallet-Poujol, DIT 1/1996, p. 13.

inclinamo-nos para a abstenção deliberada. Seguramente que este direito *sui generis* foi concebido como uma protecção privativa justificando um texto específico, mas pede aos Estados-membros que ‘prevejam’ este direito e uma tal previsão pode acordar-se de um dispositivo do direito francês completamente adaptado...” (1154).

Não obstante, parece que a mesma política que norteou a directiva topografias produtos semicondutores terá animado também este diploma, no sentido de criar um direito especial não enquadrado em qualquer acordo ou tratado internacional, de molde a não ficar sujeito ao princípio do tratamento nacional (1155). De resto, temos dúvidas que este direito, apesar da “penumbra” dos seus termos, seja redutível à concorrência desleal. Não é apenas o facto de este direito poder ser transferido, mas também o facto de criar um poder de exclusivo na exploração de um novo bem imaterial (1156), de contornos, porventura, indeterminados, mas nem por isso indetermináveis.

10. Refiram-se, ainda, para terminar esta caracterização do direito *sui generis*, as regras que o legislador comunitário prescreveu quanto às sanções, à aplicabilidade de outras disposições legais e à aplicação no tempo da protecção prevista.

Começando por esta última questão, o art. 14.º, 3, dispõe que o direito *sui generis* será concedido igualmente às bases de dados cujo fabrico tenha sido concluído durante os quinze anos anteriores a 1 de Janeiro de 1998 e que nessa data preencham os requisitos da concessão do direito. Nestes casos, o período de protecção do direito *sui generis* é de 15 anos a contar de 1 de Janeiro de 1998. Data esta, aliás, na qual os Estados-membros deveriam ter transposto a directiva para a ordem jurídica interna (art. 16.º, 1). Depois, nos termos do art. 14.º, 4, “a protecção prevista nos n.ºs 1 e 3 não prejudica os actos concluídos e os direitos adquiridos antes da data referida nesses números”.

Por outro lado, no que respeita à aplicabilidade de outras disposições legais, considera-se que “para além da protecção que a presente directiva assegura à base de dados através do direito de autor, e ao seu conteúdo através do direito *sui generis* de impedir a extracção e/ou a reutilização não autorizadas, devem continuar a aplicar-se as outras disposições legais relevantes existentes nos Estados-membros no que se refere ao fornecimento de produtos e serviços

(1155) Em termos próximos, Strowel/Trialle, *Le droit d’auteur*, p. 282.

(1156) Cfr. Weber, UFITA 1996, p. 5 s. (sustentando a aproximação deste direito ao

de base de dados” (cons. 58). Em conformidade com este entendimento, prescreve o art. 13.º que “o disposto na presente directiva não prejudica as disposições relativas nomeadamente ao direito de autor, aos direitos conexos ou a quaisquer outros direitos ou obrigações que subsistam sobre os dados, obras ou outros elementos incorporados numa base de dados, as patentes, marcas, desenhos e modelos, protecção dos tesouros nacionais, a legislação sobre acordos, as decisões ou práticas concertadas entre empresas e concorrência desleal, o segredo comercial, a segurança, a confidencialidade, a protecção dos dados pessoais e da vida privada, o acesso aos documentos públicos ou o direito dos contratos”.

Não obstante, no que diz respeito especificamente ao direito *sui generis*, considera que, “para fomentar a concorrência entre fornecedores de produtos e serviços no mercado da informação, a protecção pelo direito *sui generis* não deverá ser exercida de molde a facilitar abusos de posição dominante, nomeadamente no que respeita à criação e difusão de novos produtos e serviços que constituam um valor acrescentado de ordem intelectual, documental, técnica, económica ou comercial”, pelo que as disposições da directiva “não prejudicam a aplicação de regras sobre a concorrência, comunitária ou nacionais” (cons. 47). A complementar esta norma, dispõe o art. 16.º, 4, que, o mais tardar no final do terceiro ano subsequente [a 1 de Janeiro de 1998] e, posteriormente de três em três anos, a Comissão: 1.º apresentará ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social um relatório sobre a aplicação da presente directiva, no qual, designadamente com base em informações específicas fornecidas pelos Estados-membros, analisará nomeadamente a aplicação do direito *sui generis*, incluindo os arts. 8.º e 9.º; 2.º verificará, em especial, se a aplicação daquele direito deu origem a abusos de posição dominante ou a outros atentados à livre concorrência que justifiquem medidas apropriadas, entre as quais a instituição de um regime de licenças não voluntárias⁽¹¹⁵⁷⁾; 3.º apresentará, se necessário, propostas de adaptação da presente directiva à evolução do sector das bases de dados⁽¹¹⁵⁸⁾.

Por último, em relação às sanções, consagra uma ampla margem de

discutido “publishers’ right” — p. 29).

⁽¹¹⁵⁷⁾ Um regime deste tipo era previsto na proposta (cons. 31 a 35 e art. 8.º, Proposta DBD).

⁽¹¹⁵⁸⁾ Recorde-se a importância que a jurisprudência do TJCE poderá revestir no sentido de obrigar os titulares do direito *sui generis* a fornecerem informação, sob pena de incorrerem em abuso de posição dominante (v. Cornish, *Protection of and vis-à-vis databases*,

liberdade ao Estados-membros. Com efeito, dispõe o art. 12.º que “os Estados-membros preverão sanções adequadas contra a violação dos direitos previstos na presente directiva”. Ou seja, “para além das sanções previstas nas legislações dos Estados-membros para as violações do direito de autor e de outros direitos, os Estados-membros devem prever sanções adequadas em caso de extracção e/ou reutilização não autorizadas do conteúdo de uma base de dados” (cons. 57).

Todavia, o legislador comunitário não forneceu um elenco, sequer exemplificativo ou opcional, do que considerou como sanções adequadas para estes casos, ao contrário do que fizera no domínio dos programas de computador, em que consagrou determinadas medidas especiais de protecção.

§ 54. TUTELA JURÍDICA DE SISTEMAS TÉCNICOS DE PROTECÇÃO E IDENTIFICAÇÃO: CRIPTOGRAFIA, ESTENOGRAFIA E *SECONDARY INFRINGEMENTS*

1. No regime jurídico dos programas de computador são previstas, nas palavras de Michel Vivant, determinadas “protecções periféricas” ⁽¹¹⁵⁹⁾ contra actos susceptíveis de lesar os direitos exclusivos do titular.

Trata-se de medidas especiais de protecção que os Estados-membros devem tomar, nos termos das respectivas legislações nacionais, contra as pessoas que ponham em circulação ou estejam na posse, para fins comerciais: ou de

p. 441-2; v., ainda, Strowel/Trialle, *Le droit d'auteur*, p. 283-4).

⁽¹¹⁵⁹⁾ Vivant, JCP 1991, n.º 19.

⁽¹¹⁶⁰⁾ Cfr. Voss, *CompLJ* 1993, p. 456.

⁽¹¹⁶¹⁾ UK CDP 1988, § 296 (a chamada “copy-protection” é definida como “any device or means intended to prevent or restrict copying of a work or to impair the quality of the copies made” § 295(4)). Trata-se de infracções secundárias ao *copyright*, formuladas em termos amplos: “The making, importation, possession in the course of a business, or the sale or offering for sale or letting for hire of an article specifically designed or adapted to make infringing copies of a work, is also an infringement of copyright if the person doing those acts knows or has reason to believe that those articles are to be used to make infringing copies. The extent of this section is hard to gauge. Presumably, the importation of a copy of a film, which can be used for making infringing copies, is not a breach of section 24, whereas the importation of stampers used for the making of vinyl records without the permission of the copyright owner may be.” (Phillips/Durie/Karet, *Whale on Copyright*, p. 86).

⁽¹¹⁶²⁾ Art. 7.º DPC. Entre nós, como veremos, esta medida foi adoptada na

uma cópia de um programa de computador, conhecendo ou não podendo ignorar o seu carácter ilícito; ou de meios cujo único objectivo seja facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer dispositivo técnico eventualmente utilizado para a protecção de um programa (por ex., um *dongle*, um *hardlock* e, de um modo geral, os chamados *copyright busting devices* ⁽¹¹⁶⁰⁾).

No essencial, destinam-se estas medidas especiais de protecção a combater actos comerciais de concorrência constitutivos, na acepção anglo-saxónica, de *secondary infringements* ⁽¹¹⁶¹⁾ aos direitos exclusivos do titular. Como medidas adequadas são consagradas a apreensão das “cópias-pirata” — nos termos da legislação de cada Estado-membro —, e a possibilidade de estes preverem a apreensão daqueles meios de “pirataria” ⁽¹¹⁶²⁾.

Vamos considerar, por agora, estes meios de pirataria tecnológica, que a Comissão tratara já extensivamente no Livro Verde 1988. Com efeito, o legislador comunitário introduziu no regime jurídico dos programas de computador, como medida de protecção especial, uma disposição destinada a proteger juridicamente os sistemas técnicos de protecção. Trata-se, como dissemos, da proibição da comercialização, em certos termos, de meios cujo único objectivo seja facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer dispositivo técnico eventualmente utilizado para a protecção de

transposição da directiva, sendo de referir que, já antes o art. 201.º CDADC previa a possibilidade de apreensão dos exemplares ou cópias das obras usurpadas ou contrafeitas bem como dos respectivos invólucros materiais, máquinas ou demais instrumentos ou documentos de que haja suspeita de terem sido utilizados ou destinarem-se à prática da infracção. Esta medida de apreensão e perda de coisas relacionadas com a prática do crime foi consagrada no Acordo ADPIC (Art. 46).

Agora, o diploma de transposição da Directiva de Bases de Dados consagra também estas formas de protecção periférica, dispondo que podem ser apreendidas, nos termos dos procedimentos cautelares, as cópias ilícitas de bases de dados (1) e que podem igualmente ser objecto de apreensão os dispositivos em comercialização que tenham por finalidade exclusiva facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer salvaguarda técnica eventualmente colocada para proteger uma base de dados (2), sendo o destino dos objectos apreendidos determinado na sentença final (art. 19.º do Decreto-Lei n.º 122/2000, 4-7).

⁽¹¹⁶³⁾ Livro Verde 1995, p. 81 (Secção IX: Sistemas técnicos de identificação e de protecção). Esta posição seria reafirmada no Parecer do Comité Económico e Social, considerando que os Estados-membros deveriam prever disposições jurídicas que garantissem a compatibilidade com os sistemas técnicos de protecção contra a reprodução, embora, no entender do Comité, não se afigurasse conveniente impor aos titulares de direitos ou aos construtores a obrigatoriedade de adoptar um determinado regime de protecção técnica, se bem que, caso fosse adoptado um tal regime, a contribuição para o contornamento das

um programa, tendo o legislador comunitário possibilitado aos Estados-membros a apreensão desses meios, como medida adequada contra as pessoas que pratiquem actos de os pôr em comercialização ou estar na sua posse para fins comerciais. Em face desta regra, e considerando a hipótese da sua generalização às restantes categorias de material protegido, a Comissão considerava que o “direito comunitário não preconiza [...] a adopção de sistemas técnicos de protecção dos programas de computador, mas protege aqueles que os adoptem ao tornar ilegal a detenção e a colocação em livre circulação com fins comerciais dos instrumentos piratas de descodificação e outros” (1163).

Note-se, por outro lado, que a generalização deste tipo de medidas de protecção no regime do direito de autor enxerta no tronco deste instituto uma lógica de matriz empresarial e concorrencial, que se evidencia progressivamente. Com efeito, estas regras de protecção jurídica dos sistemas de protecção, não obstante fazerem parte do sistema de *copyright*, integrando a figura dos *secondary infringements*, nos sistemas de *droit d’auteur* a sua disciplina era tradicionalmente deixada ao regime da concorrência desleal. Disso mesmo faz prova a jurisprudência alemã sobre o contornamento de sistemas de protecção técnica. Num caso foi julgado que a supressão ou o contornamento de um dispositivo *Dongle* era justificada pelo § 69d UrhG em ordem a corrigir erros do programa que perturbavam o seu funcionamento (decisão “Dongle”, LG Mannheim 20-1-1995); todavia, em diversas decisões, a jurisprudência deste país julgou como acto de concorrência desleal, segundo o § 1 UWG, a venda de programas de computador destinados a contornar ou suprimir dispositivos de protecção anti-cópia instalados noutros programas de computador (v. decisão “Feilhalten von Hardlock-Entfernen”, OLG Stuttgart 10-2-1989; decisão “Unprotect”, OLG München 3-11-1994; decisão “Dongle”, LG München 1-12-1994; decisão “Dongle-Umgehung”, BGH 9-11-1995); em sentido idêntico é de referir a decisão segundo a qual a venda de cartões piratas que permitem receber programas *pay-tv* decifrados sem utilização da carta de descodificação original constituía um entrave contrário ao direito da concorrência do distribuidor de sistemas de criptagem e um atentado à organização e à exploração da sua empresa (decisão “Piratenkarten”, OLG

disposições do mesmo constituiria uma infracção.

(1164) Cfr. Lehmann, *Le droit d’auteur et protection techniques*, p. 371 (inclui anotação à decisão do BGH, “Dongle-Umgehung”, 9-11-1995).

(1165) Vide Möller, Françon, RIDA 1989, p. 22, p. 129; v., ainda, Gotzen, *The Green Paper*, 1989.

Frankfurt am Main 13-6-1995) (1164).

2. Será interessante referir a este propósito que o problema da protecção jurídica de sistemas técnicos de protecção e identificação tinha sido já abordado no Livro Verde de 1988, no qual foram ponderadas soluções contra a pirataria que acabariam, agora, por ser, de algum modo, adoptadas a nível internacional, apesar da forte crítica então recebida (1165).

A pirataria foi aí definida como a “reprodução não autorizada de obras protegidas pelo direito de autor ou pelos direitos conexos, para fins comerciais, bem como todas as subsequentes transacções comerciais de tal reprodução”, abrangendo, ainda, a fixação não autorizada de prestações artísticas e a posterior comercialização de cópias de tal fixação (1166). Entendia-se que a pirataria afectava, sobretudo, os titulares de direitos de autor sobre livros, programas de computador, desenhos e modelos, fonogramas, filmes e outros videogramas, emissões de radiodifusão e transmissões por cabo, sendo potenciada pelas novas tecnologias de reprodução.

Com efeito, considerava-se que a introdução de cassetes audiodigitais (DAT) no mercado, que permitem a mesma qualidade de som que o disco compacto, potenciava a pirataria de fonogramas de alta fidelidade. Os suportes de som digital, sejam discos compactos ou cassetes audiodigitais, poderiam ser perfeitamente reproduzidos e, ao contrário das cópias analógicas, as cópias digitais não se deteriorariam com as sucessivas reproduções. Com base numa cópia matriz (“clone”) seria possível reproduzir uma série de cópias, as quais poderiam, depois, servir de matriz. Dava-se conta já então que para prevenir este resultado, foram criados dispositivos anticópia. Assim, a utilização nos discos compactos de uma frequência de amostragem diferente da do registo digital impediria a reprodução daqueles através da entrada directa do gravador DAT, excluindo, nessa medida, a produção de “clones” a partir de discos compactos, a menos que fosse utilizado um conversor de frequência. Por outro lado, a utilização de circuitos de detecção para identificar os códigos anticópia incorporados nos subcódigos de produtos digitais pré-gravados, tanto discos compactos como cassetes audiodigitais, impossibilitariam, desse modo, a reprodução digital de discos compactos em cassetes audiodigitais, ainda que não impedisse a reprodução através da ligação na ficha de saída

(1166) O chamado “bootlegging”, Livro Verde 1988, p. 21.

(1167) Livro Verde 1988, p. 79-82 (considerava-se, ainda, que, especialmente vulneráveis à pirataria encontrar-se-iam, em virtude da disparidade das legislações nacio-

analógica de um leitor de discos compactos. Não obstante, o facto de a produção industrial de cassetes audiodigitais pré-gravadas recorrer às impressoras por contacto, tornando possível a multiplicação das cópias muito mais rapidamente que pelo processo do gravador, potenciaria ainda mais a utilização destes aparelhos para a pirataria. Como medida de protecção preventiva, considerava-se a possibilidade de limitar a venda de aparelhos de cópia de cassetes digitais aos utilizadores profissionais, sujeitando a venda e detenção do equipamento a uma licença a emitir por uma autoridade pública, que controlasse a sua utilização. Depois, era já sugerida a criação pelas organizações de titulares de direitos de um registo ou registos de direitos sobre obras protegidas num sistema informatizado, bem como a adopção de providências cautelares de busca e apreensão de cópias-pirata e dispositivos de pirataria (1167).

Por outro lado, considerava-se o problema reprodução audiovisual privada, definida como a “reprodução efectuada pelo público para satisfação das suas necessidades pessoais, sem que, para tal, tenha sido solicitado o consentimento do titular dos direitos sobre a obra”. A reprodução audiovisual privada abrangeria não apenas as obras audiovisuais *stricto sensu*, como os fonogramas e os videogramas, mas também as emissões radiofónicas e televisivas e transmissões por cabo e, ainda, “vários tipos de informação, possivelmente acompanhada de imagem e som, registados sob forma digital em vários tipos de suportes”. Este problema punha-se, desde logo, porque o progresso tecnológico aumentara a facilidade e a apetência pela reprodução privada de material audiovisual, seja pela rapidez e qualidade das cópias privadas, especialmente potenciada pelas cassetes audiodigitais (que permitem a execução de cópias perfeitas com rapidez e baixo custo), seja pelas possibilidades de “criação de formas inovadoras de obras audiovisuais” (1168).

Tratava-se, portanto, do problema de como proteger o investimento considerável em tempo, esforço e dinheiro necessário à criação de tais obras, por exemplo, quando “uma obra da dimensão de uma enciclopédia pode ser reproduzida com perfeição, rapidez e baixo custo por máquinas facilmente acessíveis”. Em vista eram tidos os novos meios de registo, que incluem o registo digital de fitas, os discos compactos utilizados para armazenamento de dados (CD-ROM, ou seja, discos compactos de memória morta), discos

nais, os artistas intérpretes e executantes, os produtores de filmes, de fonogramas e de videogramas e os organismos de radiodifusão e de distribuição por cabo, devendo ser-lhes atribuído o direito de autorizar a fixação e reprodução das suas obras para fins comerciais, bem como a distribuição comercial mediante venda — p. 81).

compactos para vídeo (CD-V), discos compactos que permitem ao utilizador desempenhar um papel activo em relação ao material registado (CD-I, isto é, discos compactos interactivos) e, por fim, o disco óptico reutilizável. Por outro lado, era considerado já o estreitamento das relações entre os diferentes sectores do mercado de registos audiovisuais e de desenvolvimento de *interfaces* com outros sistemas de gestão e de comunicação de informação, bem como o lançamento no mercado de equipamento de duplicação que possibilitaria a transferência de um formato vídeo para outro e o desenvolvimento integrado da televisão e do vídeo digitais em sistemas de imagens inteiramente digitalizados. Com efeito, as técnicas de registo digital, quer se apliquem ao som, à imagem ou a dados, utilizariam os mesmos princípios. No caso do som, os sinais seriam recolhidos e depois codificados em numeração binária, tal como no tratamento de dados por computador. A “retradução” do código poderia ser depois realizada de forma a reproduzir o som registado inicialmente. Sendo o som registado de forma analógica por aparelhos de registo tradicionais, dar-se-ia uma perda de qualidade sonora sempre que se fizesse uma cópia, razão pela qual seria limitado o número de cópias que se poderiam efectuar. O registo digital já não teria esta limitação, uma vez que cada cópia seria perfeita, pelo menos para o ouvinte comum, podendo ser utilizada como matriz para a produção de muitas outras gerações de cópias, em termos de um número muito reduzido de registos originais permitir a realização de muitos milhares de perfeitas réplicas “clone”. Pelo que, o aparelho de registo digital permitiria a abertura de novos mercados no domínio do armazenamento de dados e do registo sonoro ⁽¹¹⁶⁹⁾.

Não obstante, considerava-se já então que, paralelamente ao surgimento das técnicas de registo digital, teriam sido desenvolvidos dispositivos técnicos que poderiam ser utilizados para impedir e controlar a reprodução de material registado (por ex., o sistema Copycode). Porém, tinha-se em conta que a sua utilização poderia “afectar o equilíbrio de interesses entre titulares de direitos, produtores de equipamento e consumidores”; por outro lado, notava-se que, como sucede no domínio da televisão paga, da exploração de bases de dados e da comercialização de suportes lógicos, “a prazo, as redes de telecomunicações serão, por sua vez, amplamente utilizadas para transmitir produtos de divertimento, tais como os fonogramas e os videogramas”, sendo que a gestão da informação, as comunicações e todas as formas de divertimento audiovi-

⁽¹¹⁶⁸⁾ Livro Verde 1988, p. 95-6.

⁽¹¹⁶⁹⁾ Livro Verde 1988, p. 100-8.

sual seriam digitalizadas e inter-relacionadas ⁽¹¹⁷⁰⁾.

Nessa medida, considerava-se que “não deveria ser, em princípio, permitido reproduzir uma obra protegida em vez de a adquirir”; porém, uma vez adquirida, tendo titular dos direitos recebido uma remuneração, deveria ser possível reproduzir essa fonte ou transmissão para uso privado, não prejudicando indevidamente essa reprodução, portanto, a exploração normal da obra. Não obstante, a produção, comercialização e importação dos aparelhos DAT deveria ser proibida, a menos que fossem conformes a certas especificações técnicas em termos de não permitir aí reprodução privada em série. De igual modo, deveriam ser incluídas medidas proibitivas de dispositivos destinados a impedir o funcionamento destes sistemas de protecção técnica. Nessa medida, apontava-se para uma solução técnica que permitiria aos aparelhos de registo DAT desempenhar funções de cópia limitada, mas impondo simultaneamente restrições quanto ao âmbito e à natureza da reprodução. Assim, era admitida a possibilidade de adopção de medidas técnicas susceptíveis de limitarem a capacidade de reprodução dos aparelhos audiodigitais e a sujeição da posse desses aparelhos para uso profissional ou especializado não conforme às especificações para utilização privada à obtenção de uma licença concedida por uma autoridade pública e à manutenção de um ou mais registos relativos aos equipamentos sob licença ⁽¹¹⁷¹⁾.

3. Esta breve excursão pelo Livro Verde 1988 conduz-nos, por outro lado, a um diploma legal de cuja principiologia parecia comungar. Com

⁽¹¹⁷⁰⁾ Livro Verde 1988, p. 114, 119, 122.

⁽¹¹⁷¹⁾ Livro Verde 1988, p. 123-9 (relativamente à chamada solução de “retenção na fonte”, entendia-se que, se fosse adoptada uma solução técnica neste momento, só poderia ser aplicada eficazmente no futuro, quando se tornassem comuns as redes combinadas de som, imagem e dados por sistemas de transmissão digitais — p. 130).

⁽¹¹⁷²⁾ UK Copyright, Designs and Patents Act of 1988, Part VII, § 296.

⁽¹¹⁷³⁾ Serial Copy Management System. Trata-se do “Audio Home Recording Act of 1992 (Act of October 28, 1992, Pub. L. 102-563, 106 Stat. 4237) que altera o Tit. 17 US Code, aditando-lhe o novo capítulo 10, no qual se pode ler: “17USC § 1002(c) — No person shall import, manufacture, or distribute any device, or offer or perform any service, the primary purpose of which is to avoid, bypass, remove, deactivate, or otherwise circumvent any program or circuit which implements, in whole or in part, a [serial copy management system or similar system]”.

⁽¹¹⁷⁴⁾ Trata-se da § 605(e)(4) do Tit. 47 USC, introduzida pelo “Communications Act” de 1988, nos termos da qual: “Any person who manufactures, assembles, modifies, imports, exports, sells, or distributes any electronic, mechanical, or other device or

efeito, a solução consagrada a nível comunitário aproximava-se da legislação aprovada em 1988 no Reino Unido que proíbe, nomeadamente, a produção, distribuição ou venda de dispositivos destinados ou adaptados a contornar

equipment, knowing or having reason to know that the device or equipment is primarily of assistance in the unauthorized decryption of satellite cable programming, or is intended for any activity prohibited by [Section 605(a)] shall be fined not more than \$ 500,000 for each violation, or imprisoned for not more than 5 years for each violation, or both”.

(¹¹⁷⁵) Acordo NAFTA, Art. 1707: “Within one year from the date of entry into force of this Agreement, each party shall make it. (a) a criminal offense to manufacture, import, sell, lease or otherwise make available a device or system that is primarily of assistance in decoding an encrypted program-carrying satellite signal without the authorization of the lawful distributor of such signal; and / (b) a civil offense to receive, in connection with commercial activities, or further distribute, an encrypted program-carrying satellite signal that has been decoded without the authorization of the lawful distributor of the signal or to engage in any activity prohibited under subparagraph (a). / Each Party shall provide that any civil offense established under subparagraph (b) shall be actionable by any person that holds an interest in the content of such signal”. Por seu turno, os sinais de satélite de transporte de programas encriptados (encrypted program-carrying satellite signal) são definidos no art. 1721 como “a program-carrying satellite signal that is transmitted in a form whereby the aural or visual characteristics, or both, are modified or altered for the purpose of preventing the unauthorized reception, by persons without the authorized equipment that is designed to eliminate the effects of such modification or alteration, or a program carried in that signal”.

(¹¹⁷⁶) Com efeito, no apêndice I do NII White Paper consta uma proposta de legislação, chamada “NII Copyright Protection Act of 1995”, que visava o aditamento ao 17 UC de um capítulo 12 intitulado protecção do direito de autor e sistemas de gestão, contendo, *inter alia*, por um lado, uma proibição geral de contornar dispositivos técnicos de protecção e, por outro lado, regras de tutela da integridade da informação de gestão do direito de autor [v. “§ 1201. Circumvention of Copyright Protection Systems/ No person shall import, manufacture or distribute any device, product, or offer or perform any service, the primary purpose of which is to avoid, bypass, remote, deactivate, or otherwise circumvent, without the authority of the copyright owner or the law, any process, treatment, mechanism or system which prevents or inhibits the violation of any of the exclusive rights of the copyright owner under section 106. / § 1202. Integrity of Copyright Management Information / “(a) *False copyright management information.* — No person shall knowingly provide copyright management information that is false, or knowingly publicly distribute or import for public distribution copyright management information that is false. / (b) *Removal or alteration of copyright management information* — No person shall, without authority of the copyright owner or the law, (i) knowingly remove or alter any copyright management information, (ii) knowingly distribute or import for distribution copyright management information that has been altered without authority of the copyright owner or the law, or (iii) knowingly distribute or import for

sistemas de protecção anti-cópia (¹¹⁷²).

Idêntica legislação fora adoptada pelo legislador estadunidense para a protecção de gravações sonoras (*sound recordings*) e obras musicais através da proibição de contornar qualquer programa ou circuito que implementa um sistema de gestão de cópias em série (SCMS) (¹¹⁷³), impedindo a realização de cópias digitais privadas a partir de cópias. Este país conferia também, desde 1988, protecção jurídica aos sinais de satélite de transporte de programas encriptados (¹¹⁷⁴), em termos que foram, *mutatis mutandis*, transpostos no Acordo NAFTA (¹¹⁷⁵).

A generalização de regras de protecção jurídica de sistemas técnicos de protecção e, agora, também, de identificação constava de legislação recentemente proposta nos EUA na sequência do NII White Paper (¹¹⁷⁶). Em causa está estender a todas as categorias de material protegido a protecção jurídica das aplicações da tecnologia digital que permitem a identificação, a marcação, a protecção e a gestão automática das obras e prestações (¹¹⁷⁷).

De igual modo, no Japão foram propostas medidas de protecção jurídica destinadas a tornar ilícitas actividades de produção e distribuição de dispositivos de neutralização ou contornamento de sistemas anti-cópia e de recepção não autorizada de programas encriptados, bem como medidas relativas à informação para a gestão de direitos (por ex., supressão, alteração destas informações) (¹¹⁷⁸).

distribution copies or phonorecords from which copyright management information has been removed without authority of the copyright owner or the law. / (c) *Definition.* — As used in this chapter, ‘copyright management information’ means the name or other identifying information of the author of a work, the name and other identifying information of the copyright owner, terms and conditions for uses of the work, and such other information as the Register of Copyrights may prescribe by regulation”].

(¹¹⁷⁷) Como exemplos destes sistemas técnicos de identificação e protecção podem referir-se os sistemas ISBN, ISRC, Cyphertech, SCMS, Copy-Code, CITED, ISO, IMPRIMATUR.

(¹¹⁷⁸) Cfr. ACA Report, p. 255 s.

(¹¹⁷⁹) Seguimento 1996, p. 16. Para além da protecção, estes sistemas técnicos permitem a identificação do material protegido, favorecendo a instituição de balcões únicos e a gestão electrónica dos direitos e, nessa medida, facilitando o acesso às obras e prestações. A tecnologia digital possibilita novas formas de criação de obras ou outros objectos protegidos de natureza complexa, em especial os produtos ou serviços multimedia. Porém, o exercício individual de direitos torna-se ainda mais difícil devido ao elevado número de obras e produções novas ou pré-existentes implicadas, o que poderá conduzir a um maior recurso da gestão colectiva. Porém, ao mesmo tempo, a evolução da tecnologia favorece a tendência oposta, uma vez que os novos meios digitais de identificação do material protegido e de licenciamento automático permitem uma gestão mais individualizada.

Por seu turno, a nível comunitário, na sequência do processo de consulta aberto pelo Livro Verde 1995, uma minoria manifestou-se preocupada pelo

Ora, na criação e produção das chamadas obras multimédia, que utilizam em simultâneo, *inter alia*, música, texto, fotografias, filmes, sendo de tipo composto e complexo, é requerido um número significativo de autorizações. Por isso, a introdução de licenças compulsivas para facilitar a criação deste tipo de obras chegou a ser considerada, em desvio ao princípio da gestão individual dos direitos. Porém, o entendimento predominante foi que “a dificuldade de obter as autorizações necessárias para a inclusão de obras ou de prestações em bases de dados não deve ser considerada como passível de justificar a extensão das licenças não voluntárias ou qualquer outra forma de enfraquecimento dos direitos de propriedade intelectual”, devendo, ao invés, “ser previstos outros meios de aquisição de direitos” (Livro Verde 1995, p. 72). Exemplos de outros meios de aquisição de direitos apontam-se a introdução de presunções de cessão de direitos, a fim de facilitar a exploração das obras, como aquela que é estabelecida em favor dos produtores de filmes do direito de aluguer dos artistas intérpretes ou executantes e a possibilidade de introduzir regra semelhante no que se refere aos autores, desde que prevista uma remuneração equitativa irrenunciável (arts. 2.º, 4 a 7, e 4.º Directiva Aluguer e Comodato).

Um outro exemplo a nível comunitário é a obrigatoriedade de recurso à gestão colectiva na retransmissão por cabo, uma vez que é imposto com carácter obrigatório que o exercício do direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo apenas pode ser exercido através de entidades de gestão (v. art. 9.º, 1, Directiva Satélite e Cabo). De igual modo, a regra que habilita o empregador a exercer todos os direitos de natureza económica relativos ao programa criado por trabalho por conta de outrem, no exercício das suas funções ou por indicação daquele (art. 2.º, 2, Directiva Programas de Computador), é um exemplo da atribuição da gestão de direitos a pessoa que não o criador, sendo desconhecida neste domínio a gestão colectiva, uma vez que as empresas de criação de programas de computador gerem directamente os seus produtos. A Convenção de Berna também consagra regras deste teor, prevendo a presunção dos direitos de exploração das obras cinematográficas a favor dos produtores e a representação do autor de obra anónima pelo editor (art. 14.º, 2-*b*, art. 15.º, 3, Convenção de Berna). Outros casos há em que o direito dos autores e dos titulares de direitos conexos é reduzido a um direito a remuneração ou pretensão remuneratória, isto é, o titular dos direitos não se pode opor a uma determinada utilização da obra ou prestação, tendo apenas direito ao pagamento de uma remuneração equitativa. Assim é no caso da utilização para radiodifusão ou para qualquer outra comunicação ao público de fonograma publicado para fins comerciais (art. 8.º, 2, Directiva Aluguer e Comodato).

Não obstante, considera-se que o advento da era da plena digitalização pode facilitar, em determinados domínios, a gestão dos direitos, tendo em conta a possibilidade de identificação, de controlo da utilização em geral e da reprodução privada em particular proporcionadas pela digitalização. Desse modo, ao invés da introdução de um direito geral a remuneração, a digitalização contribui para uma gestão dos direitos cada vez mais precisa e individualizada. Assim, entende-se que o agrupamento sob forma de balcão único (*one-stop-shopping*) possibilita aos titulares de direitos um instrumento de identificação da

facto de a utilização generalizada desses dispositivos poder resultar na criação de *facto* de novos monopólios de informação e acarretar graves problemas em termos de protecção do direito à privacidade e dos dados pessoais; não obstante, a “maioria das partes interessadas” foi de opinião que “a protecção jurídica deve ser de âmbito mais vasto, abrangendo também os produtos e serviços cujo principal objectivo ou efeito consista em evitar, contornar, suprimir, desactivar ou de qualquer outra forma neutralizar o sistema de protecção do direito do titular — tendo a Comissão proposto “uma abordagem estandardizada da

paternidade das obras, reunindo o conjunto dos repertórios susceptíveis de serem solicitados pelas novas tecnologias com informações sobre as condições de utilização, em especial remuneratórias. A organização da oferta das obras pre-existentes através da agregação das bases de dados das diferentes sociedades de gestão e da criação progressiva de sistemas de identificação aponta-se como um instrumento de promoção das criações e produções multimedia, ao invés da instituição de licenças compulsivas para este sector. Nesse sentido aponta-se a necessidade de caminhar no sentido de uma gestão mais centralizada através das chamadas *clearing houses*, tendo em conta que a identificação permitirá conceber determinadas hipóteses de centralização técnica, em especial no domínio da interconexão de ficheiros informativos, com vantagens na simplificação das condições de concessão das autorizações e na redução dos custos: os titulares cederiam os seus direitos para utilizações multimedia através de um organismo central, o qual negociaria os contratos e cobraria as remunerações devidas (*royalties*) junto dos utilizadores, transferindo-as, depois, aos titulares de direitos (cf. Livro Verde 1995, p. 75 s.).

Contudo, a abordagem seguida a nível comunitário é, para além de certos aspectos já harmonizados, deixar ao mercado o desenvolvimento de regimes de cessão, de processos simplificados de licenciamento individual ou do licenciamento colectivo. Nota-se, porém, a “necessidade de definir a nível comunitário, no quadro das regras do Tratado CE relativas ao direito de autor e à concorrência, os direitos e obrigações das entidades de gestão, em especial no que diz respeito aos métodos de cobrança, ao cálculo das tarifas, aos mecanismos de supervisão e à aplicação das regras de concorrência às entidades de gestão e à gestão colectiva.” Com efeito, considera-se, expressamente, que as licenças no domínio do direito de autor e as entidades de gestão estão sujeitas às regras da concorrência: “As entidades de gestão são ‘empresas’ para efeitos de aplicação dos arts. 85.º (acordos restritivos) e 86.º (abuso de posição dominante) do Tratado”, não podendo “ser encaradas como ‘empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral’, que beneficiam do regime especial previsto n.º 2 do art. 90.º do Tratado” (Seguimento 1996, p. 25-6). Sobre esta matéria, v. Dietz, RFDUL 1992; Dillenz, GRUR Int. 1997, p. 315; v., ainda, Pickrahn, *Verwertungsgesellschaften*, 1996.

⁽¹¹⁸⁰⁾ Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 213-4.

⁽¹¹⁸¹⁾ No Parecer sobre o Livro Verde 1995, o Comité Económico e Social considerou que relativamente à aquisição e gestão dos direitos e aos sistemas técnicos de protecção e, em particular, à oportunidade de prever um sistema centralizado de concessão de licenças para os produtos multimedia e de uma regulamentação comunitária relativa à gestão

interoperabilidade entre esses sistemas ou dispositivos”⁽¹¹⁷⁹⁾. Esta abordagem estandardizada da interoperabilidade entre tais dispositivos é de extrema importância pois, como entre nós se sustenta: “Ponto é que se ponham rapidamente em prática sistemas aceites por todos *i. e.*, titulares de direitos, fabricantes de materiais, difusores de obras e de prestações, assim como operadores de redes, de modo a serem implementados a nível internacional”⁽¹¹⁸⁰⁾.

Por outro lado, estes dispositivos ou sistemas técnicos podem ser utilizados para melhorar a gestão electrónica de direitos. Este aspecto reveste especial importância no domínio do desenvolvimento de “criações multimedia” tendo em conta o número de autorizações que podem necessárias⁽¹¹⁸¹⁾. Distinguem-se três tipos de dispositivos técnicos de identificação⁽¹¹⁸²⁾.

Em primeiro lugar, os sistemas de informação de direito de autor que são utilizados para identificar o material protegido através da aplicação de técnicas de assinatura digital. São meios electrónicos que integram no próprio texto a sua autenticação. Em termos semelhantes, a tecnologia estenográfica permite firmar uma assinatura digital numa imagem fotográfica. Assim, as obras digitalizadas transportam os seus códigos em praticamente qualquer transmissão ou modificação. A utilização de números de identificação é já habitual na distribuição de livros (ISBN), jornais (ISSN), gravações (ISRC) e CDs (SID).

Actualmente, é promovida a generalização da sua utilização na tecnologia digital, considerando-se a instituição de um sistema de numeração digital internacional: é um registo voluntário acompanhado de depósito da obra em forma digital, à qual é atribuído um número de identificação codificado que compreende o país de depósito, a entidade titular dos direitos, o número e data

centralizada neste sector, uma centralização desta índole seria ainda prematura; sendo que, se os os autores pretendessem a concessão de licenças em moldes colectivos, nada levaria a crer que não se pudessem associar para esse efeito sem qualquer intervenção a nível da UE, tal como já sucedera a nível nacional nos Estados-membros; relativamente ao problema de saber se o titular do direito de autor deverá ou não dispor do direito de impedir terceiros de proceder à digitalização sem o seu consentimento, ou, se deveria simplesmente ter direito a uma remuneração pela digitalização, o que pressuporia que o pagamento dessa remuneração fosse autorizado, o Comité, admitindo que a digitalização não difere das outras formas de reprodução, não via razão para se afastar do princípio básico de o titular do direito de autor poder impedir a execução da mesma enquanto direito exclusivo. (Síntese do Parecer).

⁽¹¹⁸²⁾ Cfr. Gervais, *Identificación en sistemas digitales*, p. 603 s.

⁽¹¹⁸³⁾ Vide Kitagawa, UFITA 1996, p. 77 s.

do depósito, o tipo de obra e as condições de licença de utilização.

Em segundo lugar, os dispositivos técnicos podem ser utilizados em sistemas técnicos de “clarificação” do direito de autor (*copyright clearance*), os quais não apenas fornecem os números de identificação de depósito, mas contêm também o acesso digital do utilizador aos termos da licença e permitem gerir a remuneração pela licença. Destaca-se neste domínio o conceito *Copymart* desenvolvido sob a direcção de Zentaro Kitagawa (1183).

Trata-se de um modelo baseado em expedientes contratuais para a gestão colectiva do direito de autor, consistindo, no essencial, em duas bases de dados diferentes: o mercado do direito de autor e o mercado da cópia. No primeiro, os titulares individuais de direitos podem arquivar a sua informação de direito de autor, em especial através de uma breve descrição das obras e das condições de venda ou de licença. No segundo, as cópias das obras são distribuídas aos clientes mediante pedido e pagamento.

Em terceiro lugar, são de referir os sistemas de gestão electrónica do direito de autor (ECMS: *Electronic Copyright Management Systems*). Os sistemas electrónicos podem ser utilizados não apenas para transmitir informação e gerir as licenças de obras protegidas pelo direito de autor, mas também para entregar cópias. Este modelo relaciona-se com os chamados “cartões inteligentes” que contêm informação sobre a identidade do utilizador e são utilizados em termos semelhantes aos cartões de crédito. O serviço adicional da entrega electrónica é possível a partir de um centro de armazenamento digital. O titular de direitos armazena a sua obra no sistema e recolhe as remunerações pelas utilizações, às quais é descontada uma quantia em benefício do prestador do serviço de entrega electrónica.

Como exemplos destes sistemas, refiram-se no Japão o sistema NIFTY-SERVE de distribuição em linha de programas de computador e, nos Estados Unidos, o *Software Envelope System*. Em termos muito elementares, este último sistema oferece aos utilizadores obras protegidas, incluindo programas multimedia e materiais relacionados, na forma de pacotes encriptados num “envelope de software”; para decifrar a obra, tem que ser utilizado um programa de descodificação que regista também todas as transacções relativas à obra, fornecendo o respectivo cálculo. Ao utilizador é fornecida informação relativa ao direito de autor, ao título da obra, aos nomes dos autores, editores e outros titulares de direitos, à descrição da obra e, ainda, a uma indexação de obras relevantes. Se o utilizador quiser utilizar a obra, ele pode obter informação sobre as condições de licença, e, depois, mediante a introdução de um número de identificação que lhe é fornecido, poderá decifrar a obra para utilização.

Na Europa foi desenvolvido o sistema CITED (*Copyright in Transmitted Electronic Documents*), financiado pela Comissão Europeia no âmbito do programa ESPRIT. Este projecto é um modelo harmonizado de referência genérica aplicável a todos os tipos de distribuição possível de informação digital. Entre as suas aplicações contam-se o registo de informação dos intervenientes, identificação, assinatura digital, direitos específicos de utilização permitida, tipos de produtos de informação, operações de utilização, tarifas, cálculo dos créditos do direito de utilização e de operações de utilização realizadas e, ainda, a estatística de todos os registos e operações. O contrato de licença é totalmente integrado no sistema, sendo traduzido num conjunto triplo: utilizador, utilização e informação. Os direitos de utilização são definidos pelo gestor do direito de utilização, o qual determina o âmbito das licenças. Por seu turno, a estrutura funcional deste sistema consiste, por um lado, num sub-sistema de informação, que inclui o próprio produto de informação e o programa de computador necessário para o seu chamamento e o seu carregamento, e por outro, num sub-sistema de monitorização de protecção e de utilização.

Além disso, as técnicas de assinatura digital são integradas nos sub-sistemas, podendo ser instalado pelo utilizador um cartão inteligente de direito de autor para o pagamento da remuneração. Este sistema é complementado por diversos utensílios informáticos, como sejam: o colector do direito de utilização (URC: *Use Right Collector*), que armazena todos os dados necessários para as decisões de aceitação ou recusa de operações de utilização; o agente de serviço de clarificação (CSA: *Clearance Service Agent*), que toma decisões sobre a

(1184) A funcionalidade destes sistemas de gestão electrónica dos direitos permite que um utilizador ligue o seu computador e, via telecomunicações, estabeleça contacto com uma base de dados internacional, na qual qualquer obra literária, musical ou audiovisual estará digitalmente armazenada; depois, o utilizador poderá fazer o carregamento descendente da informação necessária na memória de trabalho do computador, mas, se quiser armazenar permanentemente essa informação, deverá solicitar as condições de licença ao operador da base de dados; e, se concordar com estas condições, a remuneração da licença será debitada via EDI na sua conta bancária, podendo assim utilizar a obra nas condições acordadas, sendo que qualquer outra utilização é digitalmente impedida através de dispositivos criptográficos especiais.

Um dos problemas com que tradicionalmente o *Copyright-Cybershopping* se confrontava era a ausência de um *standard* EDI (*Electronic Data Interchange*) bem como o problema do valor do documento electrónico. Como diz Thomas Hoeren, “a entrega electrónica só é possível se os documentos electrónicos forem aceites como prova em tribunal. Senão, o utilizador pode contestar que nunca recebeu a cópia electrónica da obra. Ou o prestador

de rede pode reclamar que não concedeu qualquer licença. As propostas referidas tentaram por isso resolver o problema integrando as assinaturas digitais nos seus sistemas. Contudo, o problema será que a validade das assinaturas electrónicas (por muito seguras que sejam) não será aceite em tribunal. Ao contrário dos Estados Unidos e do Reino Unido, o legislador germânico não tem querido aceitar os documentos electrónicos como escritura” (Horen, *Legal Aspects of Multimedia*, p. 61-2).

A situação neste país, todavia, mudou com a aprovação da *Signaturverordnung* — SigV (Art. 11, *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz* — IuKDG, 1-8-1997). Mas é de referir que o sistema de assinatura de chave pública foi adoptado já noutros países, como no UTAH e em Itália. Estas leis destinam-se a reconhecer valor jurídico ao chamado documento electrónico via EDI. Refira-se, em termos muito breves, que o EDI é uma forma de distribuição de informação digital que consiste na entretroca de dados informatizados, ou seja, na troca electrónica, de computador a computador, de dados estruturados e organizados em mensagens normalizadas. Trata-se de uma técnica que permite emitir e receber por via electrónica dados organizados sob a forma de mensagens normalizadas (o chamado “documento electrónico”), tendo como objectivo principal permitir a interacção de sistemas informáticos heterogéneos através de redes de telecomunicações (via modem). Este sistema de comunicação electrónica, cuja utilização se generalizou no domínio das relações comerciais entre empresas, apresenta diversas vantagens em termos de custos e de tempo, com o chamado “paperless trade” e o “just in time”, em especial através de sistemas de negociação automatizada. No entanto, o EDI, enquanto meio de comunicação da declaração negocial, coloca problemas jurídicos delicados no domínio da segurança do comércio jurídico, como sejam a forma da declaração electrónica, a identificação do declarante, a autenticidade e o valor probatório do documento electrónico. Além disso, coloca outros problemas, decorrentes de limites de ordem prática (por ex., o problema da assinatura, as definições pouco flexíveis ou vice versa, etc.), deparando ainda com limites postos à liberdade contratual: não podem contrariar prescrições de ordem pública, decorrentes, por ex., de princípios do direito das obrigações e do direito da concorrência. No que respeita aos primeiros, o princípio da eficácia relativa ou *inter partes* dos contratos (art. 406.º, 2, CCiv) significa que o acordo vinculará apenas as partes que tenham consentido a sua utilização. Por isso, em sede de responsabilidade aquiliana, por ex., as cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade não vincularão terceiros à relação contratual de EDI que sofram danos. No que respeita aos segundos, estes acordos são susceptíveis de produzir efeitos anti-concorrenciais por força do poderio económico da parte que os impõe, podendo ser, nessa medida, contrários às regras da livre concorrência (por ex., um contrato de adesão “proposto” aos fornecedores que pretendam trabalhar com a empresa dona da rede, nos termos do qual os aderentes são obrigados a dispôr de níveis de equipamentos, de manutenção e de segurança que exigem relevantes investimentos, uma vez que poderá comprometer a sua liberdade de mudar de rede comercial).

Mas, na realidade, a problemática fundamental do EDI prende-se com o valor jurídico da assinatura digital e do documento electrónico. Seria descabido fazer aqui uma análise exaustiva dos problemas jurídicos do EDI. Não obstante, considerando que os princípios que lhe estão na base aplicam-se às formas generalizadas de comunicação no

ambiente digital em rede, será importante deixar uma caracterização das suas notas principais. Na verdade, há três notas que cumpre, ainda que sumariamente, registrar.

Em primeiro lugar, a sua utilização supõe, normalmente, a contratualização das relações entre as partes, estabelecendo uma relação de cooperação no seio de um determinado sector de actividade. Exemplos de sectores em que este mecanismo comunicativo começou por se implantar são a grande distribuição, os serviços financeiros, a indústria automóvel, as indústrias farmacêutica, química e electrónica, e o sector dos transportes. Para o efeito, as partes concluem um acordo de Entretroca de Dados Informatizados e convencionam uma linguagem normalizada de aplicação universal, tal como a que foi elaborada sob a égide das Nações Unidas (UN/ECE/WP.4), denominada Edifact (*Electronic Data Interchange for Administration, Trade and Commerce*). A linguagem Edifact compõe-se de um glossário de termos composto por três índices (ISO 7372) e por uma sintaxe padrão (ISO 9735). Assim, através destes acordos, duas ou mais pessoas estabelecem as condições jurídicas e técnicas da utilização da entretroca de dados informatizados, *maxime* no âmbito das suas relações comerciais. Nos termos destes acordos, são definidas as relações contratuais e as respectivas responsabilidades ao longo do processo de troca de dados, revestindo especial importância as condições de entrada e de saída da rede. Estes acordos apresentam a característica de serem marcadamente técnicos, versando sobre a forma e o conteúdo dos fluxos de informações trocadas (por ex., a escolha da linguagem, dos índices, das mensagens padrão, dos procedimentos de segurança tais como as chaves de acesso ou os códigos confidenciais).

Em segundo lugar, como cláusulas principais de um acordo de EDI, são de referir: *a*) a admissão da validade jurídica da mensagem EDI na sua qualidade de equivalente funcional de um escrito; *b*) a organização das modalidades da prova e os seus corolários (autenticação, assinatura, original, etc.); *c*) os procedimentos de adesão e de saída da rede; *d*) as diferentes espécies de mensagens trocadas (“documentos electrónicos”); *e*) os termos da realização da entretroca (acessos à rede, transmissão de mensagens, avisos de recepção, regras de segurança e de confidencialidade, condições de registo e de conservação de mensagens, etc.); *f*) o valor jurídico dos documentos, o regime de responsabilidade (*inter partes* e em face dos operadores da rede); *g*) e, num acordo internacional, a escolha da lei aplicável e do tribunal competente, e o recurso à arbitragem. Assim, estes acordos podem integrar as dimensões técnica e de segurança, conferindo-lhes efeitos jurídicos. Para o efeito, as regras de conduta uniformes para a entretroca de dados comerciais por teletransmissão (UNCID), elaboradas pela Câmara de Comércio Internacional, datadas de 22 de Setembro de 1987, constituem o texto precursor relativo aos acordos de EDI. As Regras UNCID, de carácter facultativo e apenas aplicáveis à troca de dados e não ao conteúdo das mensagens transmitidas, fornecem uma base jurídica contratual a partir da qual as partes podem estabelecer um acordo de EDI. Depois deste texto pioneiro, vários modelos de acordos de EDI foram elaborados em todo o mundo por instâncias representativas dos meios utilizadores deste processo de comunicação informática (por ex., UK EDI Association; American Bar Association; Contrat Ciredit, França; Acordo Sitprosa, África do Sul; Acordo Eddic, Canadá — todos de 1990). Os diferentes modelos revestem diversas esferas de aplicação, sejam sectoriais (por ex., aduaneiras, indústria automóvel na Europa), sejam territoriais (por ex., o modelo de vocação universal no quadro do Grupo de Peritos jurí-

dicos do WP.4 da Comissão Económica para as Europa das Nações Unidas; o modelo TEDIS elaborado pela Comissão das Comunidades Europeias; na Alemanha, o *EDI-Rahmenvertrag*). Como objectivo fundamental destes modelos-tipo destaca-se a preocupação de facilitar o comércio electrónico pela utilização do EDI, exigindo-se, todavia, um escrito para a celebração do respectivo acordo. Tocam ainda problemas do âmbito do direito comum das obrigações, como sejam o valor probatório do documento electrónico, o consentimento, a oferta e aceitação, a data e o local da formação do contrato, transmissão das condições gerais e a responsabilidade em caso de defeito na transmissão.

Em terceiro lugar, para a superar certas dificuldades postas pelos acordos EDI têm sido propostos diversos instrumentos, nomeadamente, o chamado Editerms. Todavia, não há consenso quanto à caracterização deste instrumento, entendendo-se, ora que respeitam apenas e tão só à troca, do tipo catálogo UNCID, ora concebendo-os como verdadeiros acordos-tipo tendo por escopo regular a troca e o conteúdo das mensagens transmitidas por EDI. Ou seja, nesta segunda orientação, por contraposição à primeira, os Editerms são concebidos não meramente como signos alfanuméricos destinados a ser utilizados, aquando da conclusão de um contrato entre empresas comerciais ou com uma administração, para definir entre as partes as obrigações respectivas de cada uma delas no que respeita à troca informatizada de dados relativos a esta operação, por referência a um catálogo pré-estabelecido (ao qual é reconhecido autoridade nos respectivos meios profissionais), mas antes são definidos como dados codificados, transportados dentro de um segmento *ad hoc* da mensagem, e tratando, mediante reenvio a um dicionário exterior, todo ou parte do regime jurídico desta mensagem ou da operação, *maxime* comercial, na qual participem. Não obstante, em comum apresentam os Editerms o reenvio ou remissão para um documento escrito exterior (catálogo, índice de dados, acordo de entre-troca, nacional ou universal, dicionário informatizado, etc.), tratando-se de contratos-tipo, em que, como tal, depende a sua validade e eficácia do consentimento individual de cada uma das partes (por ex., acusando a recepção da aceitação dos Editerms). Por outro lado, os Editerms parecem carregar o germe da força jurídica dos usos convencionais (art. 3.º CCiv), isto é, tendem a tornar-se antigos, constantes, notórios e gerais, e a adquirir força vinculativa ou obrigatória por parte dos interessados (elemento material psicológico: *opinio iuris*), uma vez que são práticas que, nesses termos, os contraentes cumprem nos seus contratos como se fossem obrigatórias. Curiosamente, o vocábulo Editerms resulta de um neologismo inspirado nos Incoterms (*International Commercial Terms*) da Câmara de Comércio Internacional, codificados pela primeira vez em 1936, para os fins de interpretação uniforme. Os Incoterms visam reduzir a incerteza resultante das diferenças de interpretação de práticas jurídicas e comerciais nos diferentes países. Esta codificação normalizadora das práticas comerciais internacionais viria a ser consagrada pela Convenção de Viena de 1980, relativa aos contratos internacionais de venda de mercadorias. Desta analogia dos Editerms com os Incoterms procura-se afirmar a natureza de *lex informatica mercatoria* dos primeiros, isto é, enquanto parte integrante do *modus* negocial dos mercadores, os termos dos acordos de entretroca universalmente aceites poderiam revestir valor jurídico de usos mercantis ao nível da decisão judicial. Os Editerms poderão aplicar-se, desde logo, em domínios onde a lei não é muito exigente em termos de requisitos de prova, porquanto não exija um documento escrito para a validade da cláusula ou do contrato. Não obstante,

resultando a exigência de escrito de uma norma imperativa, entendia-se, maioritariamente, que apenas a intervenção legislativa poderia promover a utilização deste instrumento, adoptando uma definição de escrito que tomasse em linha de conta não apenas o papel mas também os seus equivalentes funcionais (sobre a questão, entre nós, v. Pupo Correia/Mariano, *Introdução à problemática jurídica do EDI*, 1991; Lopes Rocha/Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 123 s.; no direito comparado, entre numerosas publicações, v., por ex., Giannantonio, *Electronic Document*, p. 1361; Franceschelli, GI 1988, p. 314; Wolfgang/Sven-Erik, CR 1992, p. 129, 198; Xueref/Brousse, DIT 2/1992, p. 6; Mynard, DIT 2/1992, p. 15; Caprioli, UNCID, DIT 3/1993, p. 5, 75; Caprioli, DIT 1/994, p. 14; Walden, Kilian, CR 1994, p. 1, 657; Reed, CL&P 1994, p. 20; Finocchiaro, CI 1994, p. 432; Zaggami, DII 1994, p. 15).

E, na realidade, de molde a promover o comércio electrónico, alguns países reconheceram já a validade do documento electrónico e da assinatura digital. Veja-se a UTAH *Digital Signature Act* (1996), em Itália a Lei n.º 59-97, art. 15, 2 (11-3-1997), na Alemanha a SigV (1-8-1997), estando em elaboração projectos em diversos Estados (v. Caprioli, JCP 1998, p. 587; v., ainda, Gambino, CI 1997, p. 710; Barbry DIT 2/1998, p. 14). Entre nós, a referida Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, de 1 de Setembro, reconheceu a “necessidade de viabilizar e dinamizar o comércio electrónico [...] num ambiente baseado na economia digital”, criando a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico que tem como um dos objectivos genéricos a definição de um quadro legislativo e regulamentar que crie as condições necessárias ao pleno desenvolvimento e expansão do comércio electrónico, incluindo necessariamente a definição do regime jurídico aplicável aos documentos electrónicos e assinatura digital, bem como à factura electrónica. Esta última era, aliás, apontada pelos AA. como o pequeno grande passo que faltava dar. Com efeito, “a eventual rejeição da implantação generalizada do EDI, ou num plano mais geral, da factura electrónica, não tem a ver com razões de atavismo quanto à tecnologia, mas com um receio — legítimo, entenda-se — de que a introdução de tecnologias que conduzem à substituição de suportes em papel, a desmaterialização, conduz à fraude e/ou, como vimos, à evasão fiscal. [...] Cremos poder ir um pouco mais além, considerando que o desenvolvimento, já referido, de um verdadeiro novo ‘direito da segurança’, a difusão massiva da criptografia, por exemplo, concorre para um estado de coisas em que a utilização da telemática seja bem mais segura de que as formas tradicionais. [...] Ora, tendo, como temos, um ambiente bem mais desanuviado do que, de longe, se poderia apressadamente supor, é tempo de dar o passo pequeno que falta dar... [a factura electrónica]” (Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 150-1, 153). Ora, justamente também no campo do direito de autor esta problemática está na ordem do dia, podendo nós dizer que se não for dado o passo, então tal constituirá um entrave à distribuição electrónica de material protegido pelo direito de autor e direitos conexos (também neste sentido, Hoeren, *Legal Aspects of Multimedia*, p. 61). Entretanto, o crescimento exponencial do ambiente digital das redes abertas como a Internet tornou possível o comércio electrónico à escala global, generalizando os problemas com que se debatia o EDI (sobre esta matéria veja-se, mais recentemente, Zagami, DII 1996, p. 151; Finocchiaro, CI 1998, p. 956; Schumacher, CR 1998, p. 758; Caprioli, JCP 1998, p. 583; Rossnagel, NJW 1999, p. 1591; Symposium, JC&IL 1999, p. 721). Em vista disso, desenvolveram-se esforços

internacionais e nacionais no sentido de promover o comércio electrónico, por via da remoção dos obstáculos jurídicos. Alguns países reconheceram a validade do documento electrónico e da assinatura digital, no sistema de assinatura de chave pública (veja-se, especialmente, a UTAH *Digital Signature Act*, 1996, em Itália a L. n.º 59-97, art. 15, 11-3-1997, na Alemanha a *Signaturverordnung* — SigV, Art. 11 da *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz* — IuKDG, 1-8-1997). No plano internacional, foi aprovada nas Nações Unidas a Lei Modelo sobre Comércio Electrónico em Dezembro de 1996 (*vide* Uncitral Model Law On Electronic Commerce 1996 — with additional article 5 bis as adopted in 1998). Mais recentemente, a nível comunitário, foi adoptada a Directiva sobre as Assinaturas Electrónicas (Directiva 1993/93/CE do Parlamento e do Conselho de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro comum para as assinaturas electrónicas. Esta Directiva constava da agenda traçada no documento Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (97) 157, 15-04-97). Entre nós, a necessidade de definição do regime jurídico aplicável aos documentos electrónicos e assinatura digital foi apontada no Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal (cfr. Ponto 9 do documento pioneiro da Missão para a Sociedade da Informação (MSI), *Livro Verde Para A Sociedade Da Informação Em Portugal*, 1997) e retomada no diploma que criou a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico (Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, de 1 de Setembro), bem como no respectivo Documento Orientador (*vide* Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99). Entretanto, tinha sido já adoptada uma medida conducente ao reconhecimento do valor jurídico da correspondência da Administração trocada por via electrónica (Resolução do Conselho de Ministros n.º 60/98). Além disso, são diversos os actos que vêm dar relevo jurídico-legal às comunicações electrónicas (veja-se, especialmente, a Lei n.º 59/98, 25-8, que altera o Código de Processo Penal, o Decreto-Lei n.º 433/99, 26-10, que Código do Procecimento e de Processo Tributário, e o Decreto-Lei n.º 183/2000, 10-8, que altera o Código de Processo Civil, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, 12-12, pelo Decreto-Lei n.º 180/96, 25-9, e pelo Decreto-Lei n.º 375-A/99, 20-9, e o Decreto-Lei n.º 269/98, 1-9, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 383/99, 23-9). Nesta linha de acção e antes mesmo da Directiva sobre as Assinaturas Electrónicas, foi adoptado entre nós o regime jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99, 2-8; em Macau foi adoptado o Decreto-lei n.º 64/99/M, 25-10, que regula aspectos gerais no domínio do comércio electrónico), seguido da equiparação entre a factura emitida em suporte papel e a factura electrónica (Decreto-Lei n.º 375/99, 18-9; sobre estes diplomas veja-se Lopes Rocha / Marta Rodrigues / Miguel Andrade / M. Pupo Correia / Henrique Carreiro, *As Leis do Comércio Electrónico*, 2000; Pupo Correia, *Documentos electrónicos e assinatura digital: perspectiva da nova lei*, www.digital-forum.net, 18-02-2000; veja-se também sobre os trabalhos preparatórios do diploma da factura electrónica, Lopes Rocha, *A factura electrónica: uma reforma necessária?*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, IJC, Coimbra, 1999, p. 275 s).

Em termos muito breves, o nosso diploma veio regular não apenas o reconhecimento e o valor jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas digitais, mas também confiar

o controlo da actividade de certificação de assinaturas a uma entidade a designar, definindo os poderes e procedimentos, bem como as condições de credenciação da actividade e os direitos e os deveres das entidades certificadoras. Em especial, é de referir que, de acordo com a orientação comunitária então em discussão, o regime não sujeitou a autorização administrativa prévia a actividade de certificação de assinaturas digitais, embora tenha previsto um sistema voluntário de credenciação e fiscalização das entidades certificadoras por uma autoridade competente, em ordem a controlar as suas condições de idoneidade e segurança. Para uma análise deste diploma quanto à forma e força probatória do documento electrónico (art. 3.º), à sua comunicação (art. 6.º) e à validade da assinatura digital (arts. 7.º e 8.º), veja-se o nosso estudo, ROA 1999, p. 973 s).

Por outro lado, a Directiva sobre comércio electrónico [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”)] regulou alguns aspectos dos contratos electrónicos. Com efeito, considerando que o efeito legal das assinaturas electrónicas é objecto da Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para assinaturas electrónicas, prevê-se que cada Estado-membro ajustará a sua legislação relativa a requisitos, nomeadamente de forma, susceptíveis de dificultar o recurso a contratos por via electrónica, devendo o exame das legislações que necessitem deste ajustamento ser sistemático e abranger todas as etapas e actos necessários ao processo contratual, incluindo a celebração do contrato, em termos de esse ajustamento ter como resultado tornar exequíveis os contratos celebrados por via electrónica. Por outro lado, por via da directiva não é afectada a possibilidade de os Estados-membros manterem ou fixarem requisitos legais, gerais ou específicos para os contratos, que possam ser preenchidos por meios electrónicos, em especial os requisitos relativos à certificação de assinaturas electrónicas. Além disso, os Estados-membros podem manter restrições à celebração de contratos por meios electrónicos quando estes exijam, por lei, a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos, abrangendo essa possibilidade igualmente os contratos que exijam a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos para que possam produzir efeitos em relação a terceiros; bem como os contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais. Considera-se ainda que a obrigação de os Estados-membros não colocarem obstáculos à celebração de contratos por meios electrónicos apenas diz respeito aos resultantes de requisitos legais, e não aos obstáculos práticos resultantes da impossibilidade de utilizar meios electrónicos em determinados casos, sendo a obrigação de os Estados-membros não colocarem obstáculos à celebração de contratos por meios electrónicos aplicada de acordo com as exigências legais aplicáveis aos contratos consagradas no direito comunitário (cons. 35 a 38).

Assim, nos termos do regime aprovado (art. 9.º), cabe aos Estados-membros assegurar que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos, garantindo, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo facto de serem celebrados por meios electrónicos. Todavia, é ressalvada aos Estados-membros a faculdade

de determinar que este regime não se aplique a todos ou a alguns contratos que se insiram numa das categorias seguintes: contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, com excepção de direitos de arrendamento (1); contratos que exijam por lei a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos (2); contratos de caução e garantias prestadas por pessoas agindo para fins exteriores à sua actividade comercial, empresarial ou profissional (3); contratos regidos pelo direito de família ou pelo direito sucessório (4).

Por outro lado, as informações a prestar são reguladas (art. 10.º) em termos de caber aos Estados-membros assegurar, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, e antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço, que, no mínimo, o prestador de serviços preste em termos exactos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação: as diferentes etapas técnicas da celebração do contrato (1); se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível (2); os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda (3); as línguas em que o contrato pode ser celebrado (4). Estas informações acrescem a outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, como seja a Directiva Contratos à Distância. Além disso, cabe ainda aos Estados-membros assegurar, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador indique os eventuais códigos de conduta de que é subscritor e a forma de consultar electronicamente esses códigos. Todavia, estas obrigações de informação não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente, mas em qualquer caso os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.

Quanto à ordem de encomenda (art. 11.º), a Directiva incumbe os Estados-membros de assegurar, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que, nos casos em que o destinatário de um serviço efectue a sua encomenda exclusivamente por meios electrónicos, se apliquem os seguintes princípios: o prestador de serviços tem de acusar a recepção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por meios electrónicos — salvo se se tratar de contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (1); considera-se que a encomenda e o aviso de recepção são recebidos quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de aceder a estes (2), entendendo-se que o aviso de recepção por parte de um prestador de serviços pode revestir a forma da prestação em linha do serviço pago (cons. 34 — veja-se, a este propósito, o que escrevemos sobre o critério do momento da celebração o contrato constante da Proposta, ROA 1999, p. 977). Além disso, cabe aos Estados-membros assegurar, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador de serviços ponha à disposição do destinatário do serviço os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda, salvo se se tratar de contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

Este regime que é informado por uma preocupação de defesa do consumidor (*vide* o nosso *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança*

aceitação ou a recusa de utilização, e o “notário” (NOT: Notarizator) que armazena os dados relevantes em ordem a permitir a não rejeição pelos respectivos intervenientes e a monitorização da utilização em benefício dos editores/produtores e/ou dos distribuidores.

Todavia, a utilidade deste sistema é limitada ao carregamento descendente de um formato electrónico para outro. Já não pode ser utilizado quando os documentos são copiados a partir de um formato em papel para um formato electrónico ou vice versa, não oferecendo protecção contra a reprodução e distribuição posteriores ao carregamento descendente da obra, dada a ausência de mecanismos de monitorização e controlo da utilização do texto electrónico após essa operação ⁽¹¹⁸⁴⁾.

4. Assim, em consonância com a orientação traçada em diversos países, os novos Tratados OMPI consagram preceitos destinados à protecção jurídica de sistemas técnicos de protecção e identificação ⁽¹¹⁸⁵⁾. Relativamente à

Jurídica, 1999) parece não se aplicar, no entanto, sempre que se trata de contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente. O que, afinal, poderia deixar o consumidor, que se quer proteger, sem tal protecção no universo das comunicações electrónicas. Em conformidade, pode ler-se no preâmbulo da Directiva que as excepções às disposições relativas aos contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico, ou outro meio de comunicação individual equivalente, previsto na presente directiva, no tocante às informações a prestar e às ordens de encomenda, não devem dar lugar a que os prestadores de serviços da sociedade da informação possam contornar as referidas disposições (cons. 39). Isto é particularmente importante no domínio do comércio electrónico directo, que consiste na encomenda, pagamento e entrega directa em linha de bens incorpóreos (por ex., programas de computador e conteúdos de diversão) e serviços; o comércio electrónico indirecto, por seu turno, traduz-se na encomenda electrónica de bens, que têm de ser entregues fisicamente por meio dos canais tradicionais como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso (*vide, Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação da Comissão, COM(1997) 157 final). A nosso entender, porém, parece-nos que a solução da Directiva não está inteiramente de acordo com os objectivos a que se propõe. Com efeito, no domínio do comércio electrónico directo com consumidores, por que razão não deverá o prestador de serviços cumprir as obrigações de informação e as relativas à nota de encomenda? Não é justamente nestas situações que o consumidor necessitará mais daquela protecção? Parece, com efeito, existir um contra-senso na solução da Directiva. Resta saber, todavia, se a Directiva proíbe os Estados-membros de não seguirem tal via na sua transposição para as respectivas ordens jurídicas internas.

⁽¹¹⁸⁵⁾ Arts. 11.º e 12.º do Tratado OMPI sobre direito de autor e arts. 18.º e 19.º do Tratado OMPI sobre direitos conexos.

protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção, incumbe às partes contraentes do Tratados OMPI o dever de preverem uma protecção jurídica adequada e sanções jurídicas eficazes contra a neutralização das medidas técnicas eficazes utilizadas pelos titulares de direitos de autor e de direitos conexos no quadro do exercício dos seus direitos decorrentes destes Tratados; medidas técnicas essas que restringem a prática, em relação às suas obras e prestações, de actos não autorizados pelos respectivos autores ou permitidos por lei.

Por outro lado, relativamente à protecção jurídica de informação para gestão de direitos, incumbe às partes contraentes o dever de preverem uma protecção jurídica adequada e sanções jurídicas eficazes contra qualquer pessoa que, sem para o efeito estar autorizada, pratique actos, seja de supressão ou modificação de toda a informação relativa ao regime dos direitos apresentada sob forma electrónica, seja de distribuição, importação para fins de distribuição, radiodifusão ou comunicação ao público, de obras e/ou prestações ou respectivos exemplares, sabendo que as informações relativas ao regime dos direitos apresentadas sob forma electrónica foram suprimidas ou modificadas sem autorização, e sabendo essa pessoa, ou para efeitos de responsabilidade civil, devendo ter razões válidas para saber, que estes actos vão gerar, permitir, facilitar ou dissimular uma violação aos direitos previstos nestes Tratados — ou, para o caso do direito de autor, ainda, à Convenção de Berna. Nestes Tratados as informações sobre o regime dos direitos consistem nas informações que permitem identificar a obra, o autor da obra, o titular de qualquer direito sobre a obra, ou informações sobre as condições e modalidades da sua utilização e todo o número ou código que representa estas informações, na medida em que qualquer destes elementos de informação seja junto ao exemplar da obra ou apareça relacionado com a comunicação de uma obra ao público, o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para os direitos conexos.

Um dos países que apresentaram propostas de medidas de protecção jurídica dos dispositivos tecnológicos de protecção e de identificação do material protegido foi o Brasil ⁽¹¹⁸⁶⁾. Sendo que as regras constantes destes Tratados foram já, de algum modo, introduzidas pela recente lei brasileira sobre direitos autorais. Com efeito, esta lei dispõe medidas, com carácter geral, de protecção jurídica de sistemas técnicos de protecção ou identificação,

⁽¹¹⁸⁶⁾ Basic Proposals, anotações aos arts. 13.º e 14.º

⁽¹¹⁸⁷⁾ Art. 107.º, Lei n.º 9.610, 19-02-1998, “Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”.

responsabilizando por perdas e dados, quem: “I — alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia; II — alterar, suprimir ou inutilizar de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia; III — suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos; IV — distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização” (1187).

Ora, a nível comunitário, da Proposta de Directiva apresentada constam regras deste teor. Trata-se do capítulo III, relativo à protecção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão dos direitos, que é composto por dois artigos: um, sobre as obrigações em relação a medidas de carácter tecnológico (art. 6.º); outro, sobre obrigações em relação a informações para gestão de direitos (art. 7.º). Destinam-se estas normas a assegurar uma protecção eficaz contra actos de exploração não autorizados, em especial no âmbito de serviços em linha no ambiente de rede digital, e a, neste contexto, identificar o material protegido disseminado nas redes, e os respectivos titulares de direitos.

O objectivo principal da Proposta consiste em adaptar e harmonizar os direitos de propriedade intelectual. Não obstante, tem-se em conta, por um lado, que a tecnologia proporciona soluções, através de medidas tecnológicas, que permitem assegurar uma protecção contra os actos de exploração não autorizados, e da informação electrónica que pode ser associada às obras ou outro material com vista a facilitar a gestão dos direitos. Por outro lado, constata-se o desenvolvimento do mercado para dispositivos piratas que permitem ou facilitam a violação ilícita e/ou a eliminação de tais sistemas técnicos de protecção e identificação.

Acresce que a Proposta baseia-se nos novos Tratados OMPI, os quais, como vimos, incluem duas disposições paralelas: a primeira proíbe a neutralização de medidas de carácter tecnológico de que os titulares de direitos se sirvam no quadro do exercício dos seus direitos; a segunda proíbe a supressão ou alteração não autorizada de quaisquer informações electrónicas para a

(1188) Proposta, p. 21-2.

gestão dos direitos incorporadas numa obra ou qualquer outro material ⁽¹¹⁸⁸⁾.

Já antes nos EUA esta matéria tinha sido apresentada com vista a uma proposta de legislação. Considerava-se que as soluções técnicas estão a desempenhar e continuarão a desempenhar um papel significativo na satisfação das necessidades: 1.º dos utilizadores, facilitando o fluxo da informação; 2.º dos fornecedores de conteúdo, garantindo-lhes meios seguros e fiáveis de entrega de produtos e serviços de informação aos consumidores; 3.º dos prestadores de serviços e transportadores, assegurando que os seus sistemas servirão como infraestrutura física da WWW capaz de atender às necessidades dos utilizadores e dos prestadores de conteúdo. Nessa medida, tinha-se em conta que “uma ampla variedade de novos utensílios para facilitar o acesso e a utilização dos produtos e serviços de informação baseados na Internet estão a ser desenvolvidos e postos em linha. Ao mesmo tempo, os titulares de direitos de autor estão a desenvolver e implementar soluções técnicas para facilitar a entrega de obras protegidas de modo fácil, ao jeito do consumidor embora de modo fiável e seguro. Estas soluções permitem aos titulares de direitos de autor não apenas proteger as suas obras contra o acesso não autorizado, reprodução, manipulação, distribuição, representação ou exibição, mas também servem para assegurar a integridade destas obras e atender a preocupações de gestão e licenças de direitos de autor” ⁽¹¹⁸⁹⁾.

5. Antes de analisarmos as regras constantes da Proposta, interessa compreender os termos em que opera este arsenal tecnológico, isto é, em que consistem os sistemas técnicos de protecção e identificação e os dispositivos tecnológicos que permitem a sua supressão ou neutralização ⁽¹¹⁹⁰⁾.

Ora, no essencial, são as chamadas *tecnologias criptográficas* que são amplamente reconhecidas como ferramentas essenciais para a segurança e a confiança na comunicação electrónica. Duas das mais importantes aplicações destas tecnologias são as assinaturas digitais e a cifragem. As *assinaturas digitais* servem principalmente para provar a origem dos dados e verificar se foram alterados. Desempenham por isso uma relevante função de autenticação e de integridade. Por seu turno, a *cifragem* permite conservar os dados e a comunicação confidenciais. Nessa medida, desempenha uma função de confidencialidade.

⁽¹¹⁸⁹⁾ NII White Paper, p. 177.

⁽¹¹⁹⁰⁾ Para uma síntese, v. Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, p. 213-4, n. 132.

As tecnologias criptográficas representam, portanto, um aspecto chave para o desenvolvimento do comércio electrónico, a protecção da privacidade, a defesa dos consumidores e para a protecção dos direitos de propriedade intelectual, no ambiente de rede digital à escala global. Além da criptografia, revestem especial importância, neste contexto, as técnicas de estenografia (*digital watermarking, digital fingerprinting*), que consistem em métodos de ocultação de dados ou de escrita oculta, que permitem colar determinada informação a documentos ou outros materiais, em especial sob formato digital.

Relativamente às assinaturas digitais, estas “são normalmente criadas e verificadas por técnicas criptográficas assimétricas semelhantes às utilizadas na cifragem. Duas chaves complementares são criadas e atribuídas a um utilizador. Uma delas — uma chave de assinatura — é mantida privada (*chave privada*) ao passo que a outra — uma chave de verificação da assinatura — é publicada (*chave pública*).

Na verdade, uma assinatura digital é uma sequência única de dígitos que é computada com base na obra a proteger, o algoritmo de assinatura a ser usado, a chave utilizada na produção de assinatura digital. A assinatura digital é, portanto, uma sequência de dados criados por utilização de uma chave privada, podendo ser utilizada uma chave pública para verificar se a assinatura foi efectivamente produzida por utilização da chave privada correspondente. Porém, deverá ser criada em termos de não ser possível produzir uma assinatura válida sem se ter conhecimento da chave privada.

Por outro lado, a autenticação de sequências de dados consiste no processo através do qual o receptor, por ex., de uma mensagem digital poderá ficar seguro quanto à origem da mensagem. Acresce que, a sequência de dados poderá conter também pseudónimos ou nomes a utilizar na leitura da identidade do remetente.

Assim, as assinaturas digitais contribuem para a autenticidade e integridade dos dados, dizendo-se que um sistema de assinatura digital é seguro quando é formado por duas partes: por um lado, o método de assinatura de um documento de modo não falsificável e, por outro, um método de verificação de que a assinatura foi produzida pela pessoa que ela representa. Por seu turno, os protocolos de autenticação podem basear-se em sistemas de cifragem com chaves públicas.

Ora, para violar um sistema de assinatura digital podem ser dirigidos ataques à sequência matemática utilizada pelo sistema de assinatura digital

(1191) Cfr. *Comunicações Electrónicas*, p. 9, 32-5.

ou à função *hash* usada para criar ou computar um resumo dos dados. Para o efeito, os sistemas de assinatura digital baseiam-se em protocolos elaborados pela indústria (por ex., SSL, SET). Os programas de navegação de utilização mais generalizada (*Navigator* da “Netscape”, e *Internet Explorer* da “Microsoft”) servem-se da maioria dessas possibilidades, combinando-as com a utilização de servidores preparados para os SSL dos fabricantes mais avançados, sendo ainda possível incorporar medidas de segurança adicionais, que são exigidas para aplicações informáticas específicas, como sejam outras API (interface programa de aplicação), guiões, Java ou outras linguagens de programação ⁽¹¹⁹¹⁾.

Por seu turno, a cifragem permite a confidencialidade das comunicações electrónicas. Um algoritmo de cifragem transforma um texto claro num texto cifrado ilegível (cifragem) e vice-versa (decifragem) utilizando uma chave especial. Com efeito, a cifragem consiste na transformação de dados numa forma ilegível para quem não tenha uma chave de decifragem, sendo utilizados algoritmos criptográficos com vista à transformação de texto simples em dados cifrados. O acto de transformação da informação diz-se cifragem. Ao processo de transformação dos dados de novo em texto simples chama-se decifragem.

O objectivo da cifragem é garantir a confidencialidade, mantendo a informação oculta para os não destinatários, mesmo aqueles que podem ver os dados cifrados. Pode fazer-se uma distinção entre algoritmos de cifragem simétricos e assimétricos, ou seja, há dois tipos básicos de cifragem: simétrica e assimétrica.

A primeira utiliza a mesma chave para a cifragem e a decifragem, sendo necessário às partes em comunicação acordar previamente numa chave secreta, com a desvantagem de terem que encontrar um modo seguro de trocar essa chave. Com efeito, nos sistemas de cifragem simétrica (ou de chave secreta), é usada uma só chave para cifrar e decifrar os dados, sendo adequada à transformação de grandes quantidades de dados, uma vez que a computação é rápida. Para que a informação seja segura, é necessário que a chave seja mantida secreta entre as partes envolvidas. Assim, é fundamental a gestão da distribuição e da utilização da chave secreta, dado que a chave é vulnerável no seu percurso até à outra parte. Pelo que, a sua utilização com muitos participantes é algo problemática, uma vez que eles podem não se conhecer uns aos outros previamente.

Os métodos de cifragem assimétrica (ou de chave pública) evitam esta desvantagem, uma vez que utilizam diferentes chaves para a cifragem e a decifragem. Com efeito, baseiam-se na utilização de duas chaves numa única operação criptográfica (a chave de cifragem ou pública, e a chave de decifragem ou privada), que estabelecem entre si uma relação complexa, em termos de a mensagem cifrada pela chave pública só poder ser decifrada pela chave privada,

e vice-versa. Os cartões inteligentes, os computadores portáteis ou os discos inteligentes são apontados como meios protegidos nos quais a chave privada deve estar guardada com segurança, sendo o suporte físico mais popular o cartão inteligente, uma vez que a chave privada é dele inseparável, e cuja utilização é protegida, por exemplo, por números PIN ou técnicas de correspondência de impressões digitais.

Por outro lado, para superar a desvantagem de serem significativamente mais lentos do que os algoritmos simétricos, utiliza-se a combinação de dois tipos de algoritmos (simétricos e assimétricos) que permite a criação do envelope digital. Isto é, um algoritmo simétrico rápido cifra o texto simples, mediante uma chave curta mas segura, sendo essa segurança reforçada se a chave for usada apenas uma vez (chave de mensagem ou de sessão) e, depois, irre recuperavelmente, destruída quando a comunicação termina, cifrando esta chave com a chave pública do receptor.

Todavia, não são concebíveis sistemas absolutamente seguros, nem sequer se pode avaliar, com rigor científico, o seu grau de segurança. Admite-se que algumas chaves possam ser descobertas mediante tentativas sistemáticas (ataques em força bruta), devendo-se, sobretudo, aos piratas a descoberta de pontos vulneráveis nos sistemas. “Com recursos, tempo e qualificação suficientes, praticamente todos os sistemas podem ser violados. A lógica económica subjacente à segurança consiste em tornar desinteressante, para os piratas, a violação de um sistema, dada a dificuldade e os seus custos”. Por isso, desde simples senhas (*passwords*) a cifragem muito robusta, existem diversos níveis de precauções no domínio da segurança, sendo permanentemente necessário analisar e adaptar a segurança dos sistemas.

Ora, apesar de ter “uma longa tradição no domínio militar”, a tecnologia de cifragem está, todavia, cada vez mais integrada em sistemas e aplicações comerciais. Assim, por exemplo, a *pay tv* apenas pode funcionar comercialmente graças à cifragem, devendo ser paga uma taxa de assinatura para a decifragem; de igual modo, os discos digitais versáteis (DVD) que substituirão as videocassetes, utilizam técnicas de cifragem para evitar a pirataria, protegendo assim os direitos de propriedade intelectual⁽¹¹⁹²⁾.

Em relação à *estenografia*, trata-se de um método que permite a ocultação de dados, reduzindo as hipóteses de serem detectados, sendo o nível de segurança reforçado quando os dados são também cifrados. A palavra

⁽¹¹⁹²⁾ Cfr. *Comunicações Electrónicas*, p. 17, 39.

⁽¹¹⁹³⁾ Cfr. *Comunicações Electrónicas*, p. 39.

estenografia significa “escrita oculta” e abrange um vasto conjunto de métodos de comunicação secreta que encobrem a existência dos dados ocultos, incluindo as tintas invisíveis, os micropontos, o arranjo de caracteres, os canais ocultos e comunicações em espectro alargado, não se limitando a incorporar textos em imagens mas podendo ser utilizados com outros suportes, como voz, vídeo, etc.

A estenografia tem por objectivo esconder os dados desejados secretos noutros dados, em termos de ninguém poder sequer detectar a sua existência, ao invés da critpografia, que permite que as mensagens sejam detectadas, intersectadas ou alteradas, sem porém violar certas premissas de segurança garantidas por um sistema criptográfico. Criptografia e estenografia constituem, portanto, métodos tecnológicos complementares, pois que, se a estenografia não substitui os sistemas de cifragem, já torna mais difícil a abertura dos dados ⁽¹¹⁹³⁾.

6. Ora, a tecnologia da criptografia (cifragem, assinatura digital) e da estenografia, em que se analisam os dispositivos técnicos de protecção e identificação, permite controlar o acesso e/ou a utilização das obras pelos utilizadores e melhorar a gestão dos direitos, tratando a informação a eles respeitante em condições de segurança.

Por um lado, o titular dos direitos pode controlar o acesso à obra. Por exemplo, pode condicionar o acesso à prestação de uma palavra-chave ou a outros procedimentos de identificação e de autenticação. Poderá utilizar, ainda, técnicas de criptográficas. No sistema de chave privada, os dados são encriptados com a mesma chave que é utilizada para encriptar e decriptar. Neste caso, chama-se criptografia simétrica. No sistema de chave pública os dados são encriptados com a chave pública que é disponibilizada aos sub-criptadores, mas só quem tiver uma chave privada pode proceder à decriptagem. É a criptografia assimétrica. É, ainda, imaginável um sistema de chaves múltiplas repartidas entre depositários diferentes. Estas técnicas permitem também limitar o acesso, por exemplo, a horários pré-definidos, a partes determinadas das obras ou a certas pessoas.

Por outro lado, o titular dos direitos pode controlar os termos da utilização da obra pelas pessoas que têm direito de acesso. Trata-se, por exemplo, de interditar a cópia ou limitar o número de cópias ou, ainda, de um modo geral,

⁽¹¹⁹⁴⁾ Assim, por exemplo, com o sistema SCMS (*Serial Copy Management System*) que limita as cópias sucessivas à cópia de primeira geração imposto pela lei estadunidense relativa à cópia digital privada de fonogramas (*Audio Home Recording Act*).

delimitar os termos da sua utilização ⁽¹¹⁹⁴⁾. Trata-se, ainda, de autenticar e garantir a integridade das obras. Esse é o objectivo da assinatura digital, que combina procedimentos de identificação do remetente e de verificação da integridade da sua mensagem que vão servir para autenticar uma obra, por sua vez quanto à identidade daquele que autenticou e quanto ao conteúdo autenticado.

Acresce que os dispositivos de protecção técnica optimizam a gestão dos direitos. Com efeito, as obras são identificadas através de um código interno (incindível da obra, desde o início) ou externo (colocado posteriormente). Assim, por exemplo, os sistemas de identificação de suportes como os livros (número de ISBN) ou os fonogramas (número ISRC), ou o sistema CIS (*Common Information System*). Uma vez identificada a obra, torna-se possível controlar as utilizações e automatizar a gestão dos direitos, oferecendo aos utilizadores a possibilidade de usar os sistemas de facturação disponíveis na rede.

As técnicas utilizadas podem servir-se, também aqui, da criptografia. Mas não é necessário encriptar a mensagem (tornando-a ininteligível), basta marcá-la (para a tornar imperceptível). Esse é o objectivo da estenografia que permite ligar à informação uma mensagem tendente a garantir a sua autenticação, isto é, codificar a informação digital com atributos que não podem ser dissociados do ficheiro que contém esta informação. É o chamado *digital fingerprinting* ou *digital watermarking*. Graças a estas técnicas é possível incrustar mensagens ocultas nos dados digitais. A mensagem não é afectada pelas manipulações decorrentes da sua circulação na rede (compressão, descompressão, codificação) ⁽¹¹⁹⁵⁾.

Assim, estes dispositivos técnicos apresentam interesse inegável para os titulares de direitos. Com efeito, “a exclusividade jurídica é reforçada pela exclusividade técnica, garantindo a eficácia do direito exclusivo” ⁽¹¹⁹⁶⁾. Quanto aos direitos morais, a assinatura electrónica pode garantir o exercício efectivo do direito à paternidade e do direito ao respeito pelo obra. Relativamente aos direitos patrimoniais, as restrições ao acesso ou à utilização permitem o pagamento por sessão, uma vez que possibilitam o controlo individual da utilização das obras.

Se estes sistemas técnicos permitem reforçar o controlo da utilização da obra, condicionam, ao mesmo tempo, o acesso à informação, em especial obras tombadas no domínio público. Como refere um A. estadunidense, “o

⁽¹¹⁹⁵⁾ Cfr. NII White Paper, p. 185-90.

⁽¹¹⁹⁶⁾ Lucas, *Le droit d'auteur et protections techniques*, p. 347.

⁽¹¹⁹⁷⁾ Smith, *Copyright and technical protection devices*, p. 427.

público pode ter menos acesso a obras no domínio público bem como a utilizações que de outro modo seriam permitidas nos termos da doutrina do *fair use* da lei dos Estados Unidos” (1197).

7. Ora, este contexto tecnológico é pressuposto pela Proposta de directiva, que contém regras de protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção e identificação. Assim, por um lado, a Proposta prevê que os “Estados-membros assegurarão protecção jurídica adequada contra quaisquer actividades, incluindo o fabrico ou distribuição de dispositivos ou a prestação de serviços, com importância comercial limitada, desenvolvidas por pessoas que sabem ou deviam razoavelmente saber que irão permitir ou facilitar sem autorização a neutralização de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico destinada a proteger o direito de autor, qualquer direito conexo ao direito de autor ou o direito *sui generis* [...]”; as medidas de carácter tecnológico são definidas como “qualquer dispositivo, produto ou componente incorporada num processo, dispositivo ou produto destinado a impedir ou a limitar a violação de qualquer direito [referido], só sendo consideradas ‘eficazes’ quando a obra ou outro material seja acessível ao utilizador apenas através de um processo ou código de acesso, incluindo a descodificação, a decifragem ou qualquer outra transformação da obra ou outro material, com o consentimento dos titulares dos direitos” (art. 6.º, 1 e 2).

Como se pode ler no comentário a este articulado, esta disposição “inspira-se largamente” nos novos Tratados OMPI sobre direito de autor (art. 11.º) e sobre direitos conexos (art. 18.º). Todavia, contém, “regras mais específicas e transparentes”. As regras dos Tratados OMPI limitam o âmbito da protecção jurídica apenas à neutralização de medidas técnicas eficazes utilizadas pelos titulares de direitos no exercício dos seus direitos e que restringem a prática de actos não autorizados pelos titulares ou pela lei. Ora, a medida proposta cobre “também qualquer actividade, nomeadamente as actividades preparatórias, como o fabrico e a distribuição, bem como os serviços que facilitam ou permitem a neutralização de tais dispositivos”, o que é considerado “um elemento fundamental na medida em que o verdadeiro

(1198) Proposta, p. 37.

(1199) Cfr. Dietz, ZUM 1998, p. 448 (“Das Vergeben (concealing) einer Urheberrechtsverletzung als Variante des verbotenen Verhaltens scheint wichtig genug, als daß man es bei der Umsetzung einfach weglassen könnte”).

(1200) Cfr. Dietz, ZUM 1998, p. 449.

perigo para os direitos de propriedade intelectual não reside no acto de neutralização propriamente dito pelos particulares, mas nos actos preparatórios efectuados por empresas comerciais que podem produzir, vender, alugar ou fazer publicidade de dispositivos de neutralização” (1198).

Todavia, esta solução foi criticada por não ter retomado o termo “dissimular” (*concealing*) constante dos Tratados, limitando-se aos dispositivos que irão permitir ou facilitar a neutralização das medidas de protecção tecnológica (1199). Além disso, criticou-se, ainda, que a formulação da proposta seria capaz de promover as actividades dos “Hackers”, para além de permitir a venda de acessórios que poderiam ser usados contra dispositivos anti-cópia em máquinas multi-funcionais (1200).

Por outro lado, em relação ao Tratados OMPI, acrescenta a Proposta

(1201) Proposta, p. 37. Refere-se, ainda, que esta medida de tutela jurídica dos sistemas técnicos de protecção é complementar da proposta apresentada no domínio da protecção dos serviços de acesso condicional, contemplando apenas a exploração não autorizada de material protegido por direitos de propriedade intelectual, tais como a cópia, a colocação à disposição em linha ou a radiodifusão não autorizadas. A directiva relativa aos serviços de acesso condicional destina-se a estabelecer um regime de protecção contra todas as formas de recepção não autorizada de um serviço de acesso condicional (que assim se chamam, designadamente pelas técnicas de acesso que utilizam, como sejam a cifragem, os envelopes criptográficos e o bloqueamento electrónico mediante assinatura digital, e que se destinam a assegurar o pagamento do título de acesso ao serviço), considerando-se, *inter alia*, o “facto de a recepção não constituir um ‘acto’ relevante ao abrigo dos direitos de autor, que normalmente abrangem a comunicação e não a recepção” (p. 11). Assim, vincula os Estados-membros ao dever de proibir no seu território nacional actividades de fabrico, venda, posse, instalação, manutenção ou substituição, para fins comerciais, de dispositivos ilícitos, bem como a utilização da comunicação comercial com vista à sua promoção, sendo os dispositivos ilícitos definidos como qualquer equipamento ou programa informático concebido ou adaptado com vista a permitir o acesso não autorizado a um serviço protegido, isto é, o acesso a um serviço protegido sob forma compreensível sem autorização do prestador do serviço.

Esta medida de protecção dos serviços de acesso condicional “sanciona as actividades comerciais que favorecem a recepção não autorizada, e não a recepção não autorizada em si mesma” (p. 16), justificando-se não apenas para proteger os fornecedores do serviço, do acesso condicional e do conteúdo contra a pirataria, mas também o consumidor contra a fraude, uma vez que tais actividades são prejudiciais aos consumidores que são induzidos em erro quanto à origem dos dispositivos ilícitos (cons. 11). Por outro lado, quanto ao problema de saber se esta proposta de directiva sobre protecção jurídica dos serviços de acesso condicional não estabeleceria um regime mais restritivo do que a Proposta apresentada em direitos de autor, diz-se no preâmbulo que “a presente directiva não prejudica a aplicação das regras comunitárias relativas aos direitos de propriedade intelectual” (cons.

que não são incluídas “actividades desenvolvidas sem conhecimento de que permitirão neutralizar dispositivos tecnológicos”, bem como as que não tenham um significado ou utilização comercial senão limitado para além do da neutralização das medidas, permitindo-se com isto “assegurar que o equipamento e serviços electrónicos de carácter geral não são tornados ilegais pelo simples facto de poderem ser utilizados para neutralizar a protecção das cópias ou medidas similares”. De resto, não é abrangida qualquer violação de meios técnicos de protecção, “mas apenas aqueles que constituem uma infracção a um direito de autor, conexo ou *sui generis*, isto é, que não são autorizados nem pela lei nem pelo autor” (1201).

Consagra-se, portanto, um preceito destinado a conceder protecção jurídica às medidas de carácter tecnológico que os titulares de direitos utilizam com vista a impedir ou a limitar infracções ao direito de autor, aos direitos conexos ou ao direito *sui generis*, tendo em conta o perigo do desenvolvimento de actividades ilícitas tendentes a permitir ou facilitar a neutralização da protecção técnica proporcionada por tais medidas. É, porém, a protecção jurídica considerada proporcional às medidas de carácter tecnológico que têm por efeito impedir e/ou limitar efectivamente as infracções a estes direitos, não proibindo os dispositivos ou actividades cuja utilização ou finalidade comercial principal prossiga outros objectivos que não a neutralização da protecção técnica.

8. Quanto às obrigações em relação a informações para a gestão dos direitos, considera-se que a distribuição das obras, em especial em redes, é facilitada pelo desenvolvimento tecnológico, exigindo dos titulares de direitos que identifiquem melhor a obra ou outro material, os respectivos autores ou quaisquer outros titulares de direitos, e prestem informações acerca dos termos da sua utilização, no sentido de facilitar a gestão dos direitos relativos a eles.

Todavia, tem-se em conta que existe, ao mesmo tempo, o perigo de serem desenvolvidas actividades ilícitas no sentido de retirar ou alterar a informação electrónica a ela ligada ou de, de qualquer forma, distribuir, importar para distribuição, radiodifundir, comunicar ao público ou tornar acessíveis ao público cópias das quais tenha sido retirada tal informação sem autorização, considerando-se, por isso, necessária uma protecção jurídica harmonizada contra todas estas actividades.

Nessa medida, prevê-se (art. 7.º) que os Estados-membros deverão assegurar uma protecção jurídica adequada contra qualquer pessoa que pratique, sem autorização, não apenas actos de supressão ou alteração de quaisquer informações electrónicas para a gestão dos direitos, mas também actos de

distribuição, importação para distribuição, radiodifusão, comunicação ao público ou colocação à disposição do público de cópias de obras, ou de outro material protegido, das quais tenham sido suprimidas ou alteradas, sem autorização, informações electrónicas para a gestão dos direitos, na medida em que: 1.º essa pessoa saiba ou deva razoavelmente saber que ao fazê-lo estava a permitir ou a facilitar a violação de “direitos de autor”; 2.º que quaisquer elementos de informação acompanhem uma cópia, ou apareça no quadro da comunicação ao público, de uma obra ou de outro material protegido.

Por seu turno, as informações para a gestão dos direitos são definidas como qualquer informação prestada pelos titulares dos direitos que identifica a obra ou o material protegido, o respectivo autor ou qualquer outro titular de direitos, ou informações acerca das condições da sua utilização, incluindo quaisquer números ou códigos que representem essas informações.

Como se pode ler no comentário a este preceito, a disposição centra-se na protecção dos direitos de propriedade intelectual e não cobre actividades complementares, como a comunicação fraudulenta de informações para a gestão de direitos a uma autoridade pública. Com efeito, entende-se que a actividade proibida, para ser objecto de protecção, deve conduzir a uma infracção ou constituir um acto preparatório a uma infracção a estes direitos.

Por outro lado, segue a estrutura das disposições dos Tratados OMPI (art. 12.º e art. 19.º), destinando-se unicamente à protecção de informações electrónicas para a gestão dos direitos, sem abranger todas as formas de informação que podem ser associadas ao material protegido. Não cobre também a retirada ou alteração das informações para gestão dos direitos efectuada com a autorização do titular de direitos, ou de alguém com o seu consentimento, ou permitida ou mesmo exigida por lei, tal como por razões de protecção de dados.

Com efeito, tendo em conta que os sistemas tecnológicos de identificação e de protecção são capazes, em virtude da sua concepção, de processar dados pessoais sobre as tendências de consumo do material protegido por parte dos consumidores individuais, permitindo assim conhecer o comportamento “em linha”, considera-se que deverá ser assegurado o respeito do direito individual

15).

(¹²⁰²) Proposta, p. 21, cons. 34. Esta salvaguarda da privacidade dos utilizadores é da máxima importância, uma vez que de outro modo, o fornecedor da informação digital poderia constituir uma base de dados sobre os hábitos de consumo dos utilizadores. Fala-se, a propósito, num “direito exclusivo de ler anonimamente”, no sentido conservar a barreira tradicional entre o direito de autor e a esfera privada dos utilizadores de material

à vida privada, no sentido de que incorporem nas suas funções técnicas medidas de salvaguarda da vida privada de acordo com a Directiva Dados Pessoais. Em conformidade, entende-se que tais informações para a gestão dos direitos são susceptíveis de, em função da sua concepção, processar, ao mesmo tempo, dados pessoais sobre os hábitos do consumo do material protegido por parte dos particulares e permitir apurar o comportamento em linha, devendo tais meios técnicos, por isso, incorporar salvaguardas em matéria de vida privada em conformidade com o disposto na Directiva n.º 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados ⁽¹²⁰²⁾.

9. Por outro lado, no sentido da proporcionalidade desta protecção jurídica aos dispositivos tecnológicos que impedem e/ou limitam efectivamente as infracções aos direitos de autor, ressalva-se expressamente no preâmbulo, que tal protecção jurídica não deverá prejudicar a descompilação permitida pela Directiva Programas de Computador. Esta ressalva da descompilação reveste especial importância tendo em conta o seu valor para a normalização internacional dos sistemas técnicos de identificação de obras e outro material protegido em formato digital, pois que as diferenças de medidas de carácter tecnológico podem provocar a incompatibilidade destes sistemas no emergente ambiente em rede na Comunidade. Visa-se, portanto, encorajar a compatibilidade e a interoperabilidade dos diferentes sistemas e incentivar o desenvolvimento de sistemas globais ⁽¹²⁰³⁾.

Este aspecto é fundamental no ambiente digital dos sistemas electrónicos de informação em rede (WWW). O imperativo da interoperabilidade justifica, como vimos, a licitude dos actos de descompilação. Sendo que a interoperabilidade, segundo o entendimento que seguimos, não deve ser limitada à interoperabilidade programas-programas, mas antes ser alargada à interoperabilidade de sistemas informáticos ⁽¹²⁰⁴⁾. Porém, há quem se mostre favorável antes a uma interpretação literal desta norma, no sentido de não abranger “hardware ou data interoperability” ⁽¹²⁰⁵⁾. Todavia, a nosso ver sem razão. A interoperabilidade deve ser alargada aos equipamentos, aos

protegido (v. Cohen, Connery LR 1996, p. 981 s.).

⁽¹²⁰³⁾ Proposta, cons. 30-2.

⁽¹²⁰⁴⁾ Cfr. Lehmann, *Richtlinie*, p. 19 (“Kompatibilität von Produkten (Hard- und bzw. oder Software)”).

programas e, mesmo, aos dados. E acrescentaremos que a definição de interoperabilidade constante da directiva programas de computador abrange já a interoperabilidade de dados. Na verdade, a interoperabilidade é aí definida como a “capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas” (cons. 12 DPC).

Ou seja, a tese da interoperabilidade de sistemas informáticos (computadores e suportes lógicos), que não apenas programas-programas, parece-nos de sustentar, mas não apreende ainda toda a complexidade do fenómeno dos ambientes digitais em rede. A importância da interoperabilidade justificou que, apesar de todas as pressões no sentido de a protecção pelo direito de autor ser extensiva às *interfaces* dos programas de computador, se tivesse decidido, quer por via legislativa, quer por via jurisprudencial, que as *interfaces* não deveriam ser completamente protegidas em razão do seu valor na promoção da concorrência e no funcionamento conjunto ou compatibilidade de sistemas informáticos. Assim, as empresas de desenvolvimento de programas de computador podem não apenas configurar as *interfaces* contidas nos seus programas de maneira a que estes sejam interoperáveis com os programas de outra empresa de *software*, mas também, quando necessário, descompilar ou desmontar os programas de outra empresa para ter acesso às informações das *interfaces* e reutilizá-las para o desenvolvimento independente de programas.

Mas, o princípio da interoperabilidade é importante não apenas em termos de *interfaces* ao nível programas-programas e programas-equipamentos — que estiveram no cerne da discussão sobre interoperabilidade —, mas também em termos do modelo do novo ambiente digital de rede global e dos dados que aí circulam. Como se observou recentemente a propósito do modo de promover a diversidade de fontes e recursos de informação no quadro dos *media* interactivos: “Obter acesso às redes interactivas do futuro irá requerer conhecimentos sobre os modelos dos terminais das redes. Estes terminais, através dos quais os utilizadores terão acesso às redes podem tornar-se em ‘gargalos de garrafas’. Certas funções e especificações técnicas vão definir as *interfaces* limite dos terminais com a rede. Estas *interfaces* limite devem, seja através de regulamentações governamentais, seja através de práticas concertadas da indústria, ser abertas e disponíveis a todos os que pretendam utilizar a rede. O debate já foi aberto nos sectores das telecomunicações sobre o que é que ‘aberto’ significa e que *interfaces* deveriam ser abertas, embora ainda não exista uma resposta final para estas questões relativas às redes digitais.

(1205) Tapper, *Perspective from the United Kingdom*, p. 159.

Na sua maioria, as condições de mercado e de tecnologia ainda não se desenvolveram ao ponto de estas questões poderem ser respondidas concretamente. Contudo, é claro que certos tipos de *interfaces* terão que ser abertos em ordem a promover a diversidade [de fontes de informação]” (1206).

Na verdade, já antes se considerava que muitas aplicações informáticas não eram utilizadas de acordo com o seu pleno potencial no novo paradigma tecnológico em razão de problemas de rede e de conexão entre redes. Os serviços de tecnologia da informação apontavam-se, então, como uma das perspectivas mais interessantes e de elevado crescimento nas redes de comunicação digital de alta velocidade. Como via de solução entendia-se que “uma infraestrutura normalizada de comunicação UBN (*Universal Broadband Networks*) poderia abrir a porta a aplicações informáticas de alta-capacidade para muitos clientes que não pudessem suportar um computador a tempo inteiro ou acesso privado a uma unidade remota. Uma primeira fonte de procura para os serviços de tecnologias de informação é a transferência de informação em tempo real para qualquer coisa desde simples serviços informáticos ou de processamento de dados até aplicações sofisticadas futurísticas como a ‘realidade virtual’. Algumas das aplicações de rede de tecnologia de informação incluem: serviços de transacções, transferência de ficheiros, [...] bases de dados electrónicas, livrarias digitais, desenvolvimento e testes de programas, dados de alta capacidade, e inteligência artificial” (1207).

O problema que se aponta é, pois, a interoperabilidade informática em rede, mediante a abertura de *interfaces* ou o estabelecimento de protocolos normalizados de acesso que permitam entretocas de dados rápidas na rede. Prevê-se que a abertura será necessária principalmente nos estratos mais baixos da rede, isto é, os estratos que permitem o movimento da informação em bruto através das redes. Por ex., aquando do desenvolvimento do protocolo TCP/IP, não se previa que tal pudesse dar origem à WWW, que, não obstante, foi tornada possível graças à abertura e extensão do modelo do protocolo. Actualmente, a nível europeu, o “Consórcio WWW, que reúne 160 empresas de informática, telecomunicações e conteúdo, metade das quais europeias, trabalha neste momento numa série de iniciativas para garantir a interoperabilidade *de facto* das tecnologias existentes no domínio dos sistemas de pagamento electrónico (*Joint Electronic Payment Initiative*) e assinaturas digitais (*Digital Signature Project*). O consórcio está igualmente a trabalhar em

(1206) Merman/Weitzner, Yale LJ 1995, p. 1625.

(1207) Egan, *Information Superhighways*, p. 75-6.

soluções inovadoras no domínio da filtragem de conteúdos (*Platform for Internet Content Selection*, ou PICS) e da protecção dos dados pessoais (*Privacy and Demographics Project*)” (1208).

Neste quadro, garantir a interoperabilidade num ambiente concorrencial representa justamente, ao nível da infraestrutura global da informação, uma condição de acesso ao mercado mundial. Com efeito, a promoção da interoperabilidade nas redes digitais poderá permitir que o comércio electrónico possa tornar a Internet num mercado virtual à escala global, estando em curso várias iniciativas para desenvolver componentes da infra-estrutura que potenciam o comércio electrónico, especialmente para os produtos e serviços de informação digital.

Porém, um obstáculo relevante a este desenvolvimento resulta do facto de muitos dos dados sob forma electrónica estarem disponíveis apenas em formatos reservados, tais como os que são gerados tipicamente por programas de processamento de texto, ou em formatos padrão, como o ASCII, que não permitem reutilizações sofisticadas da informação contida em documentos digitais ou utilizações interactivas dos dados. Considera-se, a propósito, que: “Efectivamente é da máxima importância adoptar uma norma implementada por entidades que garantam efectivamente que o protocolo em causa será um *standard*. Existem exemplos de largos investimentos que fracassaram por utilizarem normas proprietárias [reservadas] conducentes a uma utilização restrita por um conjunto de organizações e difíceis de manter sobretudo pelo avultados custos” (1209).

Ora, há alguns anos a Administração dos EUA, perante formatos reservados para os dados electrónicos que lhe foram entregados no âmbito de fornecimentos públicos de sistemas informáticos para fins militares e outros, promoveu o desenvolvimento de um sistema não reservado mas amplamente estruturado, conhecido como SGML (*Standard Generalized Markup Language*), para resolver o problema dos formatos reservados. A insistência em que os dados fossem entregados em SGML impulsionou o mercado dos produtos e serviços SGML.

As vantagens da SGML estão não apenas em permitir que os dados sejam lidos em múltiplas plataformas de suportes lógicos e equipamentos, mas também, e sobretudo, nas utilizações mais sofisticadas que podem ser feitas dos dados através deste formato não reservado. Apesar do mercado dos dados e serviços SGML ter crescido significativamente nos anos recentes,

(1208) *Comércio Electrónico*, p. 17, n. 19.

tem diminuído devido à explosão da programação electrónica de dados em HTML (*Hypertext Markup Language*) para afixação ou colocação na WWW.

A HTML é uma linguagem de “alta marcação” derivada da SGML. Todavia, diverge daquela última na medida em que se concentra em definir a estrutura de apresentação dos dados (isto é, como se quer que o documento apareça na WWW), mais do que em identificar componentes da estrutura lógica dos dados (por ex., um preço, um horário) e o tipo de documento que os contém (por ex., um contrato, uma agenda). A HTML é, conseqüentemente, muito mais simples e fácil de utilizar do que a SGML, a qual, em virtude de procurar ser uma solução de âmbito geral para dados de alto nível em todos os tipos de documentos, contém necessariamente alguns traços fisionómicos modelados para tipos de documentos especializados.

Um desenvolvimento muito recente deu-se com a introdução da XML (*Extensible Markup Language*), um subtipo da SGML, que permite uma “alta marcação” estrutural e lógica mais aperfeiçoada para os documentos e para os dados que contêm. A XML pode ser um elemento chave de promoção do comércio electrónico interoperável nos ambientes de rede digital, incluindo os que vão envolver a utilização de agentes electrónicos, uma vez que os dados podem ser marcados de uma maneira que permitirá aos agentes extrair dados relevantes para efeitos de pesquisa electrónica. Se, por exemplo, vários locais na WWW tiverem os dados marcados em XML (por ex., uns com dados disponíveis sobre horários de aviões, outros sobre locação de hotéis e automóveis, e ainda outros com informação sobre possibilidades de entretenimento das principais cidades), os agentes electrónicos programados pelos utilizadores poderão ser capazes de pesquisar estas fontes da WWW para construir possíveis itinerários e “cabazes de compras” aos melhores preços. Se os dados de cada local estiverem etiquetados em XML, então poderão interoperar de um modo inteligente com dados de outros locais. Estes agentes electrónicos inteligentes são normalmente chamados “browsers”: correm no computador pessoal ou numa estação de trabalho e permitem a um utilizador estabelecer ligações aos locais disponíveis na WWW, de modo a recolher e manipular dados fornecidos por esses servidores remotos. Exemplos de *browsers* populares e actualmente disponíveis na WWW são o *Mosaic* (*National Center for Supercomputing Applications*), o *Netscape Navigator* (*Netscape Communications Corporation*) e *Enhanced Mosaic* (*Spyglass, Inc.*). Os *browsers* fornecem tipicamente suporte para correio electrónico, *gopher* e *ftp* (protocolo de

(1209) Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 32.

transferência de dados) e, sobretudo, permitem a busca e a exibição de uma ampla variedade de informação, por ex., texto, áudio, imagem e dados multimedia (1210).

Ora, neste quadro, a interoperabilidade de dados é importante não apenas para tornar possível o comércio electrónico; é também fundamental para possibilitar a interactividade de e entre documentos digitais. Enquanto em forma impressa os documentos são inactivos, já os documentos digitais podem ser interactivos. Estão em curso iniciativas para desenvolver novas aplicações funcionais dos documentos digitais, tais como as permitidas por certos programas, conhecidos por “applets”, isto é, programas especializados que são desenvolvidos em linguagem de programação Java e que activam a funcionalidade dos documentos nos ambientes de rede. Refiram-se, nesse sentido, diversos programas como sejam, nomeadamente, o C-SET (Transacções electrónicas interoperáveis com segurança por CI), e o ICE-TEL (Infra-Estrutura de Certificação de Chaves Públicas Interoperável para a Europa) (1211).

Escreve-se a este propósito que: “A interoperabilidade das diferentes aplicações e sistemas de cifragem e assinatura digital é absolutamente necessária para que possam ser aplicados na Europa e fora da Europa. Os serviços são essencialmente realizados através de normas acordadas, incluindo critérios de ensaio e procedimentos que abrangem protocolos, formatos de dados e *interfaces* dos programas. / Com a utilização dos protocolos e formatos de dados acordados não é necessário desenvolver serviços de transferência ou programas de conversão de um formato para outro. A interoperabilidade em sentido amplo significa também que as soluções em aplicações podem ser transferidas de um tipo de ambiente de *software* e *hardware* para outro (portabilidade) e que os utilizadores podem deslocar-se de local para local, mantendo o acesso aos mesmos serviços de confiança (mobilidade)” (1212).

Assim, num paradigma dominado pela tecnologia *push* (1213), estes

(1210) Cfr. NII White Paper, p. 180-2.

(1211) *Comunicações Electrónicas*, p. 41-2 (dentro dos projectos do programa “Normalização e Sociedade da Informação”, refira-se ainda o projecto do Programa ACTS (AC026), em que se considera que a “WWW é ainda dominada por sistemas de informação gratuita, mas esta situação deve mudar radicalmente num futuro próximo. A WWW será usada para toda a espécie de comércio electrónico através de operações em linha, como oferta, encomenda, pagamento e entrega de serviços e informações, bem como transferência de documentos comerciais. Pode prever-se uma evolução idêntica no que respeita às redes IBC e às ‘auto-estradas da informação.’” — p. 42).

(1212) *Comunicações Electrónicas*, p. 27

desenvolvimentos anunciam a erosão ou eliminação da distinção entre programas de computador e documentos. Em virtude disto, fará pouco sentido ter regras diferentes de interoperabilidade para os documentos e para os programas de computador.

Na verdade, se os titulares de direitos de propriedade intelectual relativamente a componentes das redes e a formatos de dados (ou à extensão dos formatos não reservados) não forem sujeitos a uma excepção de interoperabilidade, tal como o são os programas de computador, então o desenvolvimento do comércio electrónico no mercado virtual do ambiente de rede digital emergente poderá ficar aquém do que seria possível e desejável. Por outras palavras, a interoperabilidade é tão desejável no contexto computador-programa ou programa-programa, como também em certos estratos das redes digitais e de componentes de dados-programas e dados-dados, sendo que o grau de interoperabilidade em redes e dados determinará a dimensão do mercado bem como as possibilidades de concorrência.

Ora, considerando a Comissão que é “àrea prioritária... a exploração das redes ou acesso às redes” (1214), julgamos que a questão da interoperabilidade de dados deveria, à semelhança da interoperabilidade de programas, merecer uma resposta clara e adequada ao ambiente digital em rede. Essa resposta, a nosso ver, já é dada pela noção de interoperabilidade da directiva programas de computador que, como vimos, define-a como “a capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas” (cons. 12).

E parece-nos que é justamente nesta direcção que aponta a Proposta, quando, no sentido da proporcionalidade da protecção jurídica aos dispositivos tecnológicos que impedem e/ou limitam efectivamente as infracções aos direitos de autor, ressalva expressamente no preâmbulo, que tal protecção jurídica não deverá prejudicar a descompilação permitida pela Directiva Programas de Computador (cons. 31); ressalva esta que é fundamental em função do valor da descompilação como instrumento de normalização internacional dos sistemas técnicos protecção e de identificação de obras e outro material protegido em formato digital, pois que as diferenças de medidas de carácter tecnológico podem provocar a incompatibilidade destes sistemas no emergente ambiente em rede na Comunidade. Sendo que, como se diz claramente, é propósito da Proposta encorajar a compatibilidade e a interoperabilidade dos diferentes sistemas e incentivar o desenvolvimento de sistemas globais (cons. 32).

(1213) Egan, *Information Superhighways*, p. 30 (“technology-push”)

(1214) Livro Verde Convergência, p. 47.

Note-se, ainda, que a ressalva da descompilação como um acto permitido por lei não justificará a proibição de actividades de fabrico ou distribuição de dispositivos ou a prestação de serviços, com importância comercial limitada, de dispositivos que permitam ou facilitem a neutralização de qualquer medida de carácter tecnológico destinada a proteger o programa contra descompilação. Este aspecto foi posto em destaque, ainda que sem se tratar do problema da interoperabilidade de dados, por alguns ⁽¹²¹⁵⁾. Outros porém, sustentavam que “uma solução técnica parece preferível segundo a qual as informações necessárias à realização da interoperabilidade são excluídas de uma protecção indo para além da simples marcação. Na hipótese de uma solução técnica não ser possível ou desejável, poder-se-ia procurar estabelecer um organismo de depósito pelo qual seriam obtidas as

⁽¹²¹⁵⁾ Cfr. Lucas, *Le droit d'auteur et protection techniques*, p. 352.

⁽¹²¹⁶⁾ Lehmann, *Le droit d'auteur et protection techniques* (Germany), p. 370.

⁽¹²¹⁷⁾ NII White Paper, 231.

⁽¹²¹⁸⁾ Smith, *Copyright and technical protection devices*, p. 429. Entretanto, neste país foi aprovada a Lei Milénio Digital (“The Digital Millennium Copyright Act”, DMCA, de 28 de Outubro de 1998). Em ordem à implementação dos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Tratado OMPI sobre Direito de Autor e Tratado OMPI sobre Prestações e Fonogramas, adoptados pela Conferência Diplomática de Genebra, em Dezembro de 1996), a DMCA consagra duas normas proibitivas e fixa as respectivas sanções (Tit. I: “WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaties Implementation Act of 1998”). A primeira versa sobre o contornamento de medidas tecnológicas utilizadas pelos titulares de direitos de autor para protegerem as suas obras. A segunda diz respeito à adulteração de informações para gestão de direitos de autor. O teor literal dos dois Tratados OMPI é virtualmente idêntico no sentido de obrigar os Estados-membros a impedirem, por um lado, o contornamento de medidas tecnológicas utilizadas para proteger obras tuteladas pelos direitos de autor (1), e, por outro lado, a acautelarem a adulteração da integridade da informação para gestão de direitos de autor (2). Estas obrigações servem como auxílios tecnológicos aos direitos exclusivos atribuídos pela lei dos direitos de autor (“Copyright Act” (CA), codificado no Tit. 17 do “U.S. Code”), providenciando, enquanto tais, a protecção jurídica que a comunidade internacional considerou necessária e adequada à exploração segura e eficiente das obras protegidas pelos direitos de autor. Nos termos do regime sancionatório instituído pela DMCA, qualquer pessoa prejudicada pela violação da secção 1201 (contornamento de medidas tecnológicas) ou 1202 (adulteração de informações para gestão de direitos de autor) pode propor uma acção civil no Tribunal Federal, conferindo a secção 1203 aos tribunais o poder de concederem uma série de compensações pecuniárias e equitativas semelhantes às previstas na lei dos direitos de autor (“Copyright Act”), incluindo a reparação legal pelos danos. Não obstante, o tribunal tem o poder discricionário de reduzir ou remir danos em casos de violações inocentes, quando o infractor provar que não sabia e que não tinha qualquer razão

para acreditar que os seus actos constituíam uma violação. Especial protecção é concedida a bibliotecas não lucrativas, arquivos e instituições educativas, as quais têm direito à completa remissão dos danos naquelas circunstâncias. Além disso, a violação da secção 1201 e 1202 constituirá ofensa criminal se for cometida com dolo e para fins de vantagem comercial ou ganho financeiro privado. Nos termos da secção 1204, as penas podem ir até \$ 500,000 de multa ou até 5 anos de prisão pela primeira ofensa, e, em caso de reincidência, até \$ 1,000,000 de multa ou 10 anos de prisão. As bibliotecas não lucrativas, os arquivos e as instituições de ensino são inteiramente isentas de responsabilidade criminal. Vejamos então que comportamentos estão sujeitos a estas sanções.

Relativamente ao contornamento de medidas tecnológicas de protecção, a secção 103 da DMCA introduz um novo capítulo 12 no Título 17 do U.S. Code. A sua nova secção 1201 implementa a obrigação de prever protecção adequada e efectiva contra o contornamento de medidas de protecção tecnológica utilizadas pelos titulares de direitos de autor para protegerem as suas obras (cfr. art. 11 do Tratado OMPI sobre Direito de Autor e art. 18 do Tratado OMPI sobre Interpretações e Fonogramas). Para o efeito, divide as medidas tecnológicas em duas categorias: por um lado, as medidas que impedem o acesso não autorizado à obra protegida pelos direitos de autor (1); por outro, as medidas que impedem a sua reprodução (em sentido amplo, abrangendo todos os direitos exclusivos do autor nos termos da secção 106 CA, incluindo a distribuição e a comunicação ao público) não autorizada (2). Em certas circunstâncias, são proibidas a produção ou venda de dispositivos ou a prestação de serviços que são utilizados para contornar estas categorias de medidas tecnológicas.

No que respeita ao acto de contornamento em si mesmo, a norma proíbe o contornamento da primeira categoria de medidas tecnológicas, mas já não as segundas, isto é, proíbe o contornamento das medidas tecnológicas que impedem o acesso não autorizado à obra (sendo que a proibição do acto de contornamento de medidas de controlo de acesso só entra em vigor dois anos após a aprovação desta lei, ou seja, em 28 de Outubro de 2000), mas já não proíbe o contornamento de medidas tecnológicas que impedem a sua reprodução (em sentido amplo) não autorizada. Esta distinção (acesso/utilização) foi utilizada para assegurar que o público possa continuar a poder fazer *fair use* das obras protegidas pelos direitos de autor. Uma vez que a reprodução de uma obra pode constituir *fair use* em certas condições, a secção 1201 não proíbe o acto de contornamento da medida tecnológica que impede a reprodução. Pelo contrário, uma vez que a doutrina do *fair use* não constitui justificação para o acto de obter acesso não autorizado a uma obra, é proibido o acto de contornamento de uma medida tecnológica em ordem a obter acesso.

Não obstante, são previstas duas cláusulas gerais de salvaguarda. A primeira dispõe que nada na secção 1201 afecta direitos, sanções, limites ou defesas contra a infracção aos direitos de autor, incluindo o *fair use*. A segunda estatui que nada na secção 1201 aumenta ou diminui a violação contributiva aos direitos de autor. Além disso, os dispositivos ou serviços abrangidos pela previsão da secção 1201 deverão preencher os seguintes requisitos: serem primariamente destinados ou produzidos para o contornamento (1); terem apenas um objectivo ou uma utilização de significado comercial limitado que não seja o contornamento (2); serem colocados no mercado para utilização no contornamento (3). A secção 1201 esclarece ainda que a proibição sobre dispositivos de

contornamento não exige que os produtores de equipamentos electrónicos de consumo, telecomunicações ou informática configurem os seus produtos de modo a responder a qualquer medida tecnológica particular. Trata-se da chamada “no mandate rule”. Não obstante, é prevista uma excepção a esta regra geral para um tipo especial de tecnologia: dentro de três anos após a sua entrada em vigor, todos os gravadores de cassetes de vídeo analógicos devem ser configurados de modo a conformarem-se com certas tecnologias (conhecidas por *Macrovision*), que são actualmente utilizadas para impedir a reprodução de cassetes vídeo e certos sinais analógicos; a mesma norma proíbe os titulares de direitos de aplicarem estas tecnologias à televisão livre e à radiodifusão básica e por cabo.

Depois, as proibições contidas na secção 1201 estão sujeitas a várias excepções. Uma excepção governa a secção inteira e diz respeito à aplicação da lei às actividades governamentais de inteligência e outras. As outras dizem respeito apenas à secção 1201(a), isto é, à disposição relativa à categoria de medidas tecnológicas que controlam o acesso às obras. A mais ampla destas excepções estabelece um procedimento de decisão administrativa em ordem a avaliar o impacto da proibição contra o acto de contornar tais medidas de controlo de acesso. Esta proibição de conduta não terá efeito durante dois anos. E, uma vez entrada em vigor, estará sujeita a uma excepção relativa aos utilizadores de uma obra integrada numa classe particular de obras se forem ou puderem ser afectadas em virtude da proibição de fazer utilizações não infractoras. A aplicabilidade da excepção é determinada através de um procedimento periódico no qual participam diversas entidades.

Além destas excepções, são previstas ainda seis excepções. Cada uma destas excepções tem o seu próprio conjunto de condições de aplicabilidade. Sucintamente: Primeira, a excepção para instituições de educação, arquivo ou bibliotecas não lucrativas, nos termos da qual a proibição do acto de contornamento de medidas de controlo de acesso é sujeita a uma excepção que permite às bibliotecas não lucrativas, aos arquivos e às instituições de ensino contornar apenas para o fim de realizar de boa fé uma “determinação” quanto a quererem obter acesso autorizado à obra. Segunda, a excepção de descompilação ou engenharia regressiva, a qual permite o contornamento, e o desenvolvimento de meios tecnológicos necessários para esse contornamento, por uma pessoa que tenha lícitamente adquirido o direito de utilizar uma cópia de um programa de computador com o único propósito de identificar e analisar elementos do programa necessários para alcançar a interoperabilidade com outro programa, na medida em que tais actos sejam permitidos pela lei dos direitos de autor. Terceira, a excepção para investigação de métodos criptográficos, que permite o contornamento de medidas de controlo de acesso, e o desenvolvimento dos meios tecnológicos necessários para o efeito, em ordem a identificar falhas e vulnerabilidades de tecnologias de encriptação. Quarta, a excepção para protecção de menores, a qual permite a um tribunal, que aplique a proibição do contornamento a um componente ou parte dele, considerar a necessidade da sua incorporação em tecnologia que impede o acesso de menores a material tornado acessível na Internet. Quinta, a excepção para protecção da privacidade pessoal, que permite o contornamento quando a medida tecnológica, ou a obra que protege, é capaz de recolher ou disseminar informação pessoalmente identificativa sobre as actividades em linha de uma pessoa humana. Sexta, por último, a excepção para teste de segurança, que permite o contornamento de medidas

informações necessárias, sob reserva de certas condições, tal como a prova de interesse legítimo” (1216).

Para além disso, embora os documentos oficiais estadunidenses declarassem que o *fair use* (e por essa via, ao que parece, a descompilação) constituiria um acto permitido por lei, pelo que o dispositivo não violaria a proibição de importação, produção e distribuição (1217), essa opinião é contestada, entendendo-se que “seria difícil reconciliar uma proibição geral contra o contornamento de dispositivos técnicos com os direitos de outros copiarem porções de uma obra protegida. A proibição é geral; a defesa de *fair use*

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

Relativamente à protecção da integridade da informação para gestão dos direitos de autor, a nova secção 1202 implementa a obrigação de proteger a integridade da informação para gestão dos direitos de autor (IGD). O âmbito de protecção é estabelecido em dois parágrafos: o primeiro trata da IGD falsa e o segundo é relativo à remoção ou alteração de IGD. A subsecção (a) proíbe a prestação ou distribuição consciente de IGD falsa, se feita com o intuito de induzir, permitir, facilitar ou ocultar a infracção. A subsecção (b) impede a remoção ou alteração intencional de IGD sem autorização para tal, bem como a disseminação de IGD ou cópias de obras, sabendo que a IGD foi removida ou alterada sem autorização. Para haver responsabilidade nos termos da subsecção (b) é necessário que o acto tenha sido praticado com conhecimento ou, no que respeita às sanções civis, com motivos razoáveis para saber que a conduta irá induzir, permitir, facilitar ou ocultar uma infracção.

A informação para gestão dos direitos de autor (IGD) é definida na subsecção (c), nos termos da qual trata-se de informação que identifica as obras (1), o autor (2), o(s) titular(es) dos direitos (3) e, em certos casos, o artista intérprete ou executante, o escritor ou director da obra (4), bem como os termos e as condições da utilização da obra (5), e outras informações que o Serviço de Registo dos Direitos de Autor prescreva por regulamento (6). A informação relativa aos utilizadores de obras é excluída expressamente. Esta precisão não constava da definição de informação para gestão dos direitos constante do Tratado sobre direito de autor (cfr. art. 12.º, 2, Tratado sobre Direito de Autor, e *mutatis mutandis*, art. 19.º, 2, do Tratado sobre Interpretações e Fonogramas). Tal como para as regras proibitivas de contornamento de medidas tecnológicas de protecção são prescritas excepções e limites à protecção da integridade da informação para gestão de direitos. Para começar, a sec. 1202 está sujeita à isenção geral para aplicação da lei e para actividades governamentais de inteligência e outras. Além disso, contém também limites sobre a responsabilidade das entidades de radiodifusão de sistemas de cabo em relação à remoção ou alteração de IGD em circunstâncias tais que não exista qualquer intuito de induzir, permitir, facilitar ou ocultar uma infracção (cfr. a nossa recensão da DMCA, BFD 1999, em que seguimos de perto o *U.S. Copyright Office Executive Summary*,

depende das circunstâncias, particularmente, o objectivo para o qual a cópia foi feita. Só em alguns casos pontuais, será o fim último, para o qual a cópia foi feita, alguma vez conhecido.” (1218).

10. Comparativamente, a redacção da Proposta de Directiva aproxima-se mais, em certos termos, da proposta de base apresentada à Conferência Diplomática em matéria de obrigações relativas às medidas tecnológicas (1219), do que ao texto final que esta acabaria por adoptar. Proposta de base essa que correspondia, no essencial, à legislação proposta nos EUA na sequência do NII White Paper e que não foi aí aprovada, designadamente por instituir um círculo de proibição excessivamente amplo.

Com efeito, na proposta de base previa-se o dever de as Partes Contraentes proibirem a importação, produção ou distribuição de dispositivos de contornamento de sistemas de protecção, ou a oferta de qualquer serviço com o mesmo efeito, por qualquer pessoa que soubesse, ou razoavelmente

December 1998).

(1219) Reinbothe, ZUM 1998, p. 436.

(1220) Art. 13.º, 1 e 3, Basic Proposal.

(1221) Dietz, ZUM 1998, p. 449.

Em vista destas críticas, a Proposta seria alterada no sentido de a protecção jurídica das medidas de carácter tecnológico abranger os próprios actos de contornamento. Nos termos da nova redacção do art. 6.º, 1, relativo às obrigações em relação a medidas de carácter tecnológico, os Estados-membros assegurarão protecção jurídica adequada contra a neutralização não autorizada de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico, destinada a proteger o direito de autor, qualquer direito conexo ao direito de autor previsto por lei ou o direito *sui generis* previsto no Capítulo III da Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, por pessoas que saibam ou devam razoavelmente saber que é esse o seu objectivo. Por outro lado, o n. 3 explicita o sentido das expressão “medida de carácter tecnológico eficaz” no sentido de só serem consideradas “eficazes” as medidas de carácter tecnológico “quando a acessibilidade à obra, a sua utilização ou a de outro material protegido sejam controladas através de um código de acesso ou qualquer outro tipo de processo de protecção que garante a realização da protecção de modo seguro e de acordo com a autoridade dos titulares desses direitos. Tais medidas podem incluir a descodificação, a decifragem ou qualquer outra transformação da obra ou do material, com o consentimento dos titulares de direitos”.

Vemos, assim, que a acessibilidade da obra passa a integrar o conteúdo dos direitos, uma vez que é justamente a acessibilidade que se pretende impedir com tais medidas proibidas. Mas, a Proposta alterada vai ainda mais longe e proíbe também a cópia privada digital de material audio-visual encriptado ao delimitar o conceito de reprodução. Com efeito, o art. 5.º, 2, foi alterado no sentido de os Estados-membros poderem prever

devesse saber, que os dispositivos ou serviços eram utilizados para, ou no decurso de, o exercício de direitos garantidos pelo Tratado não autorizado pelo titular de direitos ou por lei. De igual modo, os dispositivos de contornamento de protecção (*protection-defeating devices*) eram definidos como qualquer dispositivo, produto ou componente incorporado num dispositivo ou produto, que tivesse por objectivo ou efeito principal contornar qualquer processo, tratamento, mecanismo ou sistema que prevenisse ou inibisse qualquer dos actos abrangidos pelos direitos garantidos pelo Tratado (1220).

Mas noutros aspectos a Proposta afasta-se quer dos Tratados, quer da Proposta de Base apresentada na Conferência. O resultado final mereceu já a crítica de Dietz, sustentando que: “Talvez de facto tivesse sido melhor, ficar-se aqui pelos termos do Tratado OMPI e deixar o resto para a jurisprudência” (1221).

Porém, quanto às obrigações relativas às informações para gestão de direitos, a proposta de base corresponde, no essencial, ao texto dos Tratados, dele não divergindo a Proposta de Directiva. Com efeito, era aí prevista a ilicitude de actos como a supressão ou alteração não autorizadas de quaisquer informações para a gestão electrónica de direitos, bem como a ilicitude da distribuição, importação para distribuição ou comunicação ao público, não autorizadas, de cópias de obras das quais tivesse sido removida ou alterada, sem

AB VNO AD OMNES

limitações ao direito exclusivo de reprodução previsto no artigo 2.º, entre outros, tal como previsto na nova alínea *c)bis*, em relação às reproduções em suportes digitais de gravação áudio, visual ou audiovisual efectuadas por uma pessoa singular para uso privado, estritamente pessoal e sem fins comerciais, salvo se forem utilizadas medidas de carácter tecnológico fiáveis e eficazes para proteger os interesses dos titulares de direitos, devendo ainda ser assegurada uma justa compensação a todos os titulares de direitos em relação a cada cópia digital privada. Isto é, a cópia privada digital de material áudio e/ou visual realizada por uma pessoa singular para uso privado, estritamente pessoal e sem fins comerciais não será permitida se forem utilizadas medidas de carácter tecnológico fiáveis e eficazes para proteger os interesses dos titulares de direitos. Ou seja, tendo em conta a definição de medida de carácter tecnológico eficaz, a cópia privada digital de material áudio-visual quando a acessibilidade à obra, a sua utilização ou a de outro material protegido sejam controladas através de um código de acesso ou qualquer outro tipo de processo de protecção que garante a realização da protecção de modo seguro e de acordo com a autoridade dos titulares desses direitos.

Assim, a Proposta alterada vai mais longe do que a DMCA proibindo não apenas o contornamento de medidas de carácter tecnológico mas também a cópia privada digital de conteúdos encriptados, parecendo desse modo reservar a faculdade de acesso e de reprodução para o titular de direitos quando utilize tais medidas de carácter tecnológico.

autorização, informação para a gestão electrónica de direitos, isto é, informação que identifica a obra, respectivos autores e titulares de quaisquer direitos, e quaisquer números ou códigos que representam essa informação, quando essa informação for ligada a uma cópia de uma obra ou aparecem em ligação com a sua comunicação ao público (1222).

11. Em matéria de sanções e vias de recurso, em termos também semelhantes ao previsto para os serviços de acesso condicional (1223), a Proposta não apenas incumbe aos Estados-membros o dever de preverem sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas, mas também consagra em termos gerais a possibilidade de os titulares de direitos intentarem acções de indemnização e/ou solicitarem uma injunção, e prevê, ainda, quando adequado, a apreensão do material ilícito (art. 8.º, 1 e 2). Vale isto por dizer que generaliza-se a medida de apreensão introduzida pelo legislador comunitário com a Directiva Programas de Computador (art. 7.º, 3, DPC) e que foi adoptada entre nós.

Esta referência à apreensão de dispositivos de contornamento de sistemas técnicos de protecção de programas de computador leva-nos, por fim, a analisar um grupo de casos previstos já na nossa lei. Trata-se do art. 13.º, 2, da lei de protecção dos programas de computador, que analisaremos a título de exemplo prático.

§ 55. *POST SCRIPTUM III* — ANÁLISE DE UM CASO PRÁTICO: APREENSÃO DE DISPOSITIVOS DE CONTORNAMENTO OU SUPRESSÃO DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR

1. Um exemplo prático da importância da protecção jurídica das medidas de carácter tecnológico pode colher-se, entre nós, no problema da comercialização de dispositivos de supressão ou neutralização de sistemas

(1222) Art. 14.º, 1 e 2, Basic Proposal.

(1223) Directiva sobre serviços de acesso condicional (art. 4.º, 2: Cada Estado-membro tomará as medidas necessárias para assegurar que os prestadores de serviços cujos interesses sejam afectados por uma actividade ilícita desenvolvida no seu território, possam intentar uma acção de indemnização e/ou solicitar uma injunção e, se for caso disso, a apreensão dos dispositivos ilícitos.”).

(1224) Decreto-Lei n.º 252/94, 20-10.

técnicos de protecção de programas de computador. Na verdade, a possibilidade de apreensão de dispositivos de supressão ou neutralização de sistemas técnicos de protecção de programas de computador é prevista no art. 13.º, 2, do regime dos programas de computador (RPC) (1224). Para o efeito é necessário que tais dispositivos se encontrem em *comercialização* (1.º) e tenham por *finalidade exclusiva* facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer salvaguarda técnica eventualmente colocada para proteger um programa de computador (2.º).

A possibilidade de apreensão destes dispositivos constitui uma importante medida de tutela jurídica dos programas de computador, uma vez que os sistemas técnicos de protecção, apesar de apresentarem um nível de sofisticação cada vez mais elevado, são, muitas vezes, suprimidos ou neutralizados por dispositivos que, por isso, assumem um valor de comercialização considerável. Assim, a repressão da comercialização destes dispositivos de supressão ou neutralização reforça, juridicamente, a eficácia dos sistemas técnicos de protecção de programas de computador.

A possibilidade de apreensão de tais dispositivos foi adoptada no exercício da faculdade concedida pela Directiva Programas de Computador (art. 7.º, 1-c e 3, DPC). Trata-se, portanto, tal como sucede para a “apreensão de cópias ilícitas” (art. 13.º, 1, RPC), de uma “medida especial de protecção” inserida no regime de tutela jurídica dos programas de computador. Deste modo, os programas de computador só beneficiarão daquela medida especial de protecção se forem protegidos nos termos deste regime, tal como sucede, *mutatis mutandis*, para a apreensão de cópias ilícitas. É esse, aliás, o sentido que parece indicar a utilização dos termos “não autorizada”.

Com efeito, para que a apreensão de tais dispositivos seja possível é necessário que facilitem a “supressão não autorizada” nos termos do regime jurídico de protecção dos programas de computador. Acresce que, em rigor, o predicado “não autorizada” deverá valer não apenas para a supressão mas também, por maioria de razão, para a neutralização. Pelo que, condição prévia à aplicação desta medida especial de protecção é determinar as condições segundo as quais a supressão ou a neutralização dos sistemas técnicos de protecção dos programas de computador são, ou não, autorizadas. Sendo autorizadas, a comercialização de tais dispositivos, por interpretação *a contrario*, já não poderá ser reprimida por via da sua apreensão.

Donde decorre a importância prática da interpretação do preceito normativo disposto no art. 13.º, 2, RPC: reprimindo a sua estatuição uma actividade de comercialização, importa apurar, com rigor, quais os grupos de casos previstos na sua hipótese. Não é nosso propósito senão operar, em

termos puramente exemplificativos, uma delimitação negativa do âmbito de aplicação da norma. Trata-se, portanto, de determinar alguns grupos de casos nos quais a comercialização de dispositivos de supressão ou neutralização de sistemas técnicos de protecção de programas de computador não estará, em princípio, sujeita à sanção da possibilidade de apreensão de tais dispositivos.

2. O regime jurídico de protecção dos programas de computador prevê algumas situações que parecem afastar o requisito da supressão não autorizada ou neutralização, *rectius* da supressão ou neutralização não autorizadas. Um primeiro exemplo pode ser colhido nas regras que permitem, em certos termos, a descompilação (art. 7.º). Uma vez consideradas estas regras, pergunta-se: se um programa de computador estiver protegido com um sistema técnico que impeça a sua descompilação, poderão ser apreendidos dispositivos em comercialização que facilitem a sua supressão ou neutralização?

A resposta poderá ser negativa, porque, salvo melhor juízo, as regras da descompilação são susceptíveis de justificar ou autorizar a supressão ou neutralização de um tal sistema técnico de protecção dos programas de computador. Pelo que, na medida em que tais dispositivos permitam a descompilação lícita do programa, já a sua apreensão não será possível, isso não obstante, portanto, à sua comercialização. E assim parece ser, porque não se tratará, em tais casos, de supressão ou neutralização não autorizadas. Decorrendo a impossibilidade de apreensão de tais dispositivos das regras da descompilação importa, portanto, compreender os seus termos, isto é, as suas condições de licitude. Está em causa, afinal, afastar a aplicação de uma medida especial particularmente relevante na economia da protecção dos programas de computador.

3. Resulta da análise do art. 7.º que a descompilação de programas de computador só é admitida em *ultima ratio* e apenas para fins de interoperabilidade. Com efeito, deve limitar-se às partes do programa

Idêntica medida está agora prevista no regime de protecção jurídica das bases de dados (electrónicas): cfr. Decreto-Lei n.º 122/2000, 4-7, art. 19.º, 2.

(¹²²⁵) Literalmente, permite-se apenas a interoperabilidade programas-programas. Porém, segundo a melhor interpretação, a directiva permitia a interoperabilidade programas-programas e programas-equipamento (v. *supra*). Além disso, em nosso entender (v. *supra*), a noção de interoperabilidade da directiva parece abranger também a

necessárias, e ser a via indispensável para a obtenção de informações necessárias, à sua interoperabilidade com outros programas de computador (1225), admitindo-se apenas se essas informações não estiverem já fácil e rapidamente disponíveis (art. 7.º, 1 e 2, *in fine*). Por seu turno, as informações obtidas por descompilação só poderão ser comunicadas a outrem na medida do estritamente necessário à interoperabilidade do programa criado de modo independente (art. 7.º, 4-c).

Mas, por que razão depende a licitude da descompilação de condições tão restritas? A pergunta impõe-se, uma vez que está em causa justificar a proposição segundo a qual a licitude da descompilação pode autorizar a supressão ou neutralização de sistemas técnicos de protecção de programas de computador e, nessa medida, impossibilitar a apreensão dos respectivos dispositivos em comercialização. Na verdade, uma operação cuja licitude depende de condições tão restritas poderá justificar tal resultado, tanto mais que este implica, *inclusive*, uma rectificação do teor literal de uma norma legal, traduzindo-se no afastamento de uma medida especial de protecção dos programas de computador?

A resposta à questão não se desvela explicitamente no corpo do art. 7.º, uma vez que aí se dispõe que a “descompilação... é sempre lícita, ainda que envolva operações previstas nos artigos anteriores, quando for a via indispensável...” Com efeito, *a contrario*, parece que, mesmo que a descompilação do programa de computador não envolva operações previstas nos artigos anteriores, será lícita se for a “via indispensável para a obtenção de informações necessárias” à interoperabilidade. Do teor literal da norma decorre, ainda, que a prática de “operações previstas nos artigos anteriores” não é condição de (i)licitude da descompilação, mas antes o facto de constituir ou não, desde logo, uma “via indispensável” de acesso a informações necessárias à interoperabilidade.

Mas, que operações prevêem os artigos anteriores que podem não ser envolvidas na descompilação de programas de computador, delas não dependendo, portanto, em última análise, a licitude da engenharia regressiva?

Os artigos anteriores são seis e têm por epígrafe, respectivamente, “Âmbito”, “Objecto”, “Autoria”, “Duração”, “Reprodução e transformação” e “Direitos do utente”. Pelo que, “operações previstas nos artigos anteriores” serão, de um modo geral, por um lado, a reprodução e qualquer transformação do programa pelo respectivo titular (art. 5.º), e, por outro lado, a providência de uma cópia de apoio, bem como o carregamento, visualização, execução, transmissão ou armazenamento do programa no âmbito da sua utilização pelo utente legítimo (art. 6.º).

Porém, a remissão para as “operações previstas nos artigos anteriores” parece ter um sentido não meramente tecnológico, mas sobretudo normativo. É dizer: as operações de reprodução e transformação do programa são reservadas em exclusivo ao titular do programa se este for protegido nos termos do diploma. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as operações que o utente legítimo pode praticar. Trata-se, portanto, de uma remissão para operações relativas a programas de computador “que tiverem carácter criativo”, aos quais “é atribuída protecção análoga à conferida às obras literárias”, sendo-lhes equiparado, para efeitos de protecção, o respectivo “material de concepção preliminar” (art. 1.º, 2 e 3) e incidindo essa protecção “sobre a sua expressão, sob qualquer forma” (art. 2.º, 1).

Vale isto por dizer que, independentemente de a descompilação envolver operações em princípio reservadas em exclusivo ao titular do programa, como sejam a reprodução e a transformação (art. 5.º), independentemente disso, mas ainda que as envolva, a descompilação é sempre lícita “quando for a via indispensável para a obtenção de informações necessárias” à interoperabilidade. Isto significa, por outro lado, que, mesmo que as *interfaces* do programa não tenham carácter criativo, as operações de reprodução e transformação exigidas no processo de descompilação só serão lícitas se, nomeadamente, essa for a “via indispensável” para o acesso a informações necessárias à interoperabilidade.

Assim, independentemente de as partes do programa de computador necessárias à sua interoperabilidade com outros programas carecerem de “carácter criativo” e de, nessa medida, não gozarem de “protecção análoga à conferida às obras literárias” — não sendo atribuídos ao seu titular os direitos exclusivos de reproduzir e transformar essas partes do programa —, independentemente disso, dizíamos, parece já não ser lícita a descompilação se essa via não for indispensável para a obtenção de informações necessárias à interoperabilidade, em virtude de, por exemplo, essas informações já estarem “fácil e rapidamente disponíveis”.

Donde decorre que a natureza restritiva das regras de licitude da descompilação não se justificará apenas e necessariamente por revestirem um eventual carácter de excepção em face da “protecção análoga à conferida às obras literárias” atribuída aos programas de computador que “tiverem carácter criativo”. E, não obstante, essas regras traduzem-se, também, numa forma de protecção dos programas de computador, na medida em que, salvo para fins de interoperabilidade e nos termos restritos apontados, parecem não permitir o acesso a informações subjacentes ao programa por via de descompilação, independentemente, portanto, de às *interfaces* do programa ser “atribuída protecção análoga à conferida às obras literárias”. É isso que parece resultar por

interpretação *a contrario* do art. 7.º da nossa lei de protecção dos programas de computador.

4. Assim, poderemos dizer que as condições restritivas de licitude da descompilação não colhem justificação, apenas e em primeira linha, por consagrarem um regime de excepção face à protecção jurídica atribuída aos programas de computador. Assim será, uma vez que, mesmo que as *interfaces* dos programas não gozem desta protecção e que, nessa medida, o titular não possa, por isso, opôr-se às operações de reprodução e transformação exigidas pela descompilação, já o poderá fazer se, nomeadamente, a descompilação não for “a via indispensável” para a obtenção de informações necessárias à interoperabilidade, em virtude de, por exemplo, essas informações já estarem fácil e rapidamente disponíveis.

Será, no fundo, ao que parece, uma regra especial inserida num regime de protecção jurídica de natureza análoga à conferida às obras literárias, ou seja, os direitos de autor. Natureza análoga, uma vez que as diferenças deste regime especial não obstam a que sejam atribuídos “direitos de autor sobre o programa” (art. 7.º, 4-*a*), embora nisso, como nos parece, não se esgote. Com efeito, apesar de se tratar de uma regra informada por interesses de

interoperabilidade de dados (a “interoperabilidade é definida como a capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas” — cons. 12 DPC).

(¹²²⁶) Ao invés do que, de um modo geral, fizeram os seus congéneres europeus (v. Lopes Rocha/Pedro Cordeiro, *Protecção jurídica do software*, p. 85 s.; porém, na Bélgica, a Loi du 30 juin 1994, que cria um regime especial regulado fora da lei do direito de autor “assimilando” os programas de computador às obras literárias, v. Strowel/Trialle, *Le droit d’auteur*, p. 136 s.), o legislador nacional transpôs a Directiva Programas de Computador para a nossa ordem jurídica interna através de um diploma próprio, no qual condensou todas as normas específicas de protecção dos programas de computador. Diploma este que foi decalcado de um projecto resultante “de uma aturada reflexão sobre a matéria”, e ao qual foi manifestado “total apoio” (Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 713).

Porém, se a técnica legislativa utilizada não parece conflitar com os resultados prescritos pelo instrumento normativo comunitário, já o regime jurídico instituído nem sempre se encontra em total conformidade com a “letra” e o “espírito” da directiva, como já tivemos oportunidade de mostrar. Escrevemos então: “De um modo geral, parece que o legislador terá protegido os programas de computador mediante a concessão de direitos de autor ‘anómalos’ ou ‘desnaturados’. Tratar-se-á, nessa medida, de um regime jurídico algo *sui generis* ou especial, aquele que o decreto-*software* instituiu. Terá sido, pois, o nosso legislador algo ‘insubmisso’ ou até ‘rebelde’ ao servir-se da margem de liberdade que se atribui aos Estados-membros para a transposição de directivas, a ponto de, em questões não despidiendas, ter cometido mesmo algumas ‘infidelidades’.” (*Contratos de ‘software’*,

p. 119). Entre vários exemplos disto mesmo dissemos então que em “face do decreto-*software*, não é nula a estipulação contratual que proíba a comunicação a outrem dessas informações, ainda que tal seja necessário para a interoperabilidade do programa criado independentemente. Ora, isto não parece que se encontre em total sintonia com o ‘imperativo da interoperabilidade’ presente na ‘letra e no espírito’ da directiva-*software*.” (*Contratos de ‘software’*, p. 110; em termos semelhantes, recentemente, Rui Saavedra, *Software e a Internet*, p. 248, sustentando que a solução da nossa lei “não parece estar em total sintonia com o ‘imperativo da interoperabilidade’ presente na letra e no espírito da Directiva”).

Ao instituir um regime jurídico especial para proteger os programas de computador, o nosso legislador terá encontrado — não apenas relativamente à técnica legislativa — inspiração na doutrina defendida, entre nós, pelo Prof. Oliveira Ascensão, que não aplaudia propriamente a solução comunitária, antes sendo um dos principais representantes da orientação crítica ao *copyright approach* (v. Oliveira Ascensão, ROA 1990, p. 110, *Direito de Autor*, p. 75 s., 473 s.). O legislador começa, como vimos, por atribuir aos programas de computador *protecção análoga* à que é conferida às obras literárias (art. 1.º, 2). O que vale por dizer que os programas não são protegidos *tout court* enquanto obras literárias, parecendo querer demonstrar “a firme convicção de que um programa de computador não é uma obra literária, como o regime de Direito de Autor estabelecido para essas criações não pode, sem mais, ser aplicado ao ‘software’” (Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 714; na opinião do A.: “os programas de computador nunca deveriam ser tutelados através do Direito de Autor” — p. 733, n. 5). Nessa medida, como resulta do preâmbulo, a equiparação daqueles a estas só *pontualmente* permite uma aproximação para efeitos de regime. O que, como já referimos, suscita alguns problemas de interpretação (v. *Contratos de ‘software’*, p. 91 s.).

Com efeito, “equacionado” o problema nestes termos, parece que as disposições do CDADC não serão mobilizáveis senão mediante remissão expressa, como sucede relativamente a certas regras relativas à autoria (art. 3.º), à duração (art. 4.º, 3), à utilização livre (art. 10.º), aos contratos (art. 11.º), ao registo (art. 12.º), e à apreensão de cópias ilícitas (art. 13.º, 1). Esta interpretação restritiva da “aproximação pontual” ao regime do direito de autor parece ser corroborada pelo disposto no art. 15.º: “a tutela instituída pelo presente diploma não prejudica a vigência de *regras de diversa natureza* donde possa resultar uma protecção do programa, como as emergentes da disciplina dos direitos de patente, marcas, concorrência desleal, segredos comerciais e das topografias dos semicondutores ou do direito dos contratos”. Com efeito, em face deste preceito, parece que as regras de natureza jurídico-autoral, das quais possa resultar uma protecção do programa, não poderão ser mobilizadas. Porém, a directiva não prejudica, como vimos, estas outras vias de tutela; mas, também não exclui as regras de natureza jurídico-autoral (bem como de nenhuma outra “natureza”), como decorre da utilização da palavra “nomeadamente” (art. 9.º, 1, DPC). Por outro lado, fica o intérprete sem saber que natureza terão as regras do regime instituído: natureza jurídico-autoral ou natureza especial ou *sui generis* a esta análoga? A segunda hipótese parece ser razoável, uma vez que dispõe expressamente logo no art. 1.º, 2, que “aos programas [...] é atribuída *protecção análoga* à conferida às obras literárias”.

Ora, se é conferida às obras literárias protecção pelo direito de autor, e se aos programas de computador é atribuída *protecção análoga* a esta, então as regras do regime

instituído pelo nosso legislador não terão natureza jurídico-autoral *proprio sensu*, mas antes natureza especial, dita análoga à natureza do direito de autor. Daí que esta opção do nosso legislador (a directiva não faz qualquer referência a “regras de diversa natureza”) se pudesse afigurar como tendo um outro sentido e alcance, a saber: não tendo as regras do regime instituído natureza jurídico-autoral, o art. 15.º não prejudicaria, nem excluiria, a mobilização de regras de natureza jurídico-autoral donde pudesse resultar uma protecção do programa. Assim, a “aproximação pontual” não significaria que a mobilização das regras de natureza jurídico-autoral fosse excluída, apenas se admitindo excepcionalmente mediante remissão expressa. Resultado este que, aliás, tem apoio na doutrina, sustentando-se uma aplicação analógica, “caso a caso” das normas do CDADC (Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 714, ainda que não se esclareça, neste passo, se essa analogia de situações foi definida pelo legislador ou se incumbirá ao intérprete encontrá-la, caso a caso, para além das situações em que o legislador a estabelecer). Esta conclusão não deixaria de encontrar apoio na letra do art. 15.º (que não exclui as regras de natureza diversa), e seria a única que permitiria assegurar a razoabilidade do legislador.

No entanto, levantam-se alguns problemas, que não podemos deixar de abordar. Para começar, dispõe o art. 7.º, 4-*a*) — no âmbito das regras de descompilação —, que as informações obtidas não poderão “ser utilizadas para um acto que infrinja *direitos de autor* sobre o programa originário”. Ou seja, parece, afinal, que o programa originário é susceptível de constituir objecto de direitos de autor (sobre a não utilização pelo legislador comunitário dos termos “programa originário”, v. Vinje, DInfT 2/1992, p. 18). Mas, que natureza terão estes direitos de autor? Natureza jurídico-autoral propriamente dita? Ou antes natureza apenas análoga a esta? Na verdade, é problemático o reconhecimento de direitos de autor sem natureza jurídico-autoral, ou melhor, de direitos de autor de natureza análoga aos direitos de autor de natureza jurídico-autoral. Estar-se-á, certamente, em face de direitos de autor *sui generis* ou *impróprios*, numa palavra: “anómalos”. Assim, estes direitos de autor participarão, ainda, de algum modo da natureza jurídico-autoral, daí decorrendo a preclusão, pelo art. 15.º, da mobilização dos critérios de natureza jurídico-autoral “não anómala” ou “normal”, pois que não seriam, assim, de natureza totalmente “diversa”. Em suma, a “aproximação pontual” ao regime normal das obras literárias, possível no quadro da protecção análoga atribuída — radicada na concessão de direitos de autor anómalos —, resultaria, como já referimos, apenas de remissão expressa.

Ora, em diversos pontos do regime instituído parece-nos ser detectável a anomalia dos direitos de autor concedidos (v. *Contratos de ‘software’*, p. 95 s.). Por um lado, exige como requisito de protecção que os programas tenham carácter criativo (art. 1.º, 2), parecendo implicar padrões de criatividade semelhantes aos que, segundo a doutrina, serão exigidos, nomeadamente, para as obras de arte aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de *design* (art. 2.º, 1-*i*, CDADC). Porém, se efectivamente o legislador tiver pressuposto o entendimento doutrinal que nega a possibilidade de a forma de expressão do programa revestir, em algum caso, carácter criativo — por não ser a fórmula do programa senão expressão “obrigatória” ou “servil” de um processo —, então terá prescrito um regime jurídico destinado a não proteger os programas, uma vez que a expressão do programa (a sua fórmula), que constitui o objecto da protecção instituída (art. 2.º), jamais revestirá carácter criativo.

Depois, relativamente à autoria e titularidade dos direitos, refira-se, por exemplo, que estabelece “uma presu[n]ção (‘juris tantum’)” (Pedro Cordeiro, ROA, p. 720) de que o programa realizado no âmbito de uma empresa constitui obra colectiva, atribuindo os direitos originariamente à empresa (art. 4.º, 2 e 4). Invoca-se a este propósito a experiência de direito comparado que se colhe na lei francesa, no sentido de atribuir originariamente direitos de autor a outrem que não o criador intelectual (v. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 126). Trata-se de um entendimento que, a nosso ver, poderá ser seguido no quadro de direitos de autor anómalos, justificando, *inclusive*, a sua atribuição originária a pessoas colectivas, embora tenhamos algumas dificuldades em perfilhá-lo como orientação geral. Desde logo porque, a nosso ver, não há obras colectivas *proprio sensu*. Esta figura consagra uma regra de atribuição legal dos direitos de autor, os quais são sempre adquiridos originariamente pelos respectivos criadores ou autores pelo simples facto da criação. Depois, por cessão legal, aquela entidade singular ou colectiva adquire derivadamente os direitos de natureza económica, e apenas estes. Os direitos de autor, quer na vertente jussocial, quer na vertente jusdominal, nascem ou surgem originariamente na esfera jurídica do autor ou autores da obra no momento da sua criação. Não obstante, talvez tal solução se possa aceitar no quadro de direitos de autor *anómalos*, atribuindo a sua autoria ou “titularidade originária”, nomeadamente, a pessoas colectivas, as quais, como se sabe, são desprovidas de capacidade de criação, e, por isso, de acordo com o regime normal, apenas derivadamente, seja por cessão legal, seja por transmissão contratual, podem adquirir direitos de natureza económica. Porém, dever-se-á entender que quando o legislador utiliza a expressão *atribuição originária dos direitos a pessoa diferente do criador intelectual* (art. 4.º, 2, 4) nesse preceito qualificado de “deficientíssima técnica legislativa” (Lourenço Martins, *Protecção Jurídica do “Software”*, p. 64), trata-se, não de uma aquisição originária propriamente dita, mas antes de uma atribuição da titularidade dos direitos patrimoniais mediante cessão legal não absoluta (em sentido oposto, Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 721). Quanto à duração da protecção, o nosso legislador consagrou a regra geral da duração 50 anos *post mortem auctoris*, remetendo, em geral, para as regras então constantes do CDADC (arts. 31.º *et seq.*), apesar de ter já conhecimento da Directiva Duração de Protecção e, ao que parece, porque “fiel aos princípios que levaram Portugal a rejeitar a directiva da duração, decidiu, por maioria de razão, marcar posição optando pelos cinquenta anos a que está obrigado por agora” (Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 735).

Quanto ao conteúdo ou *licere* destes direitos, o legislador sujeitou o texto da directiva a um “saneamento terminológico” (Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 724), consagrando como faculdades de fazer ou autorizar, a reprodução, a transformação, o pôr em circulação, e a locação (art. 5.º). Consagrou, ao que parece, um conceito restrito de reprodução (cfr. Pedro Cordeiro, ROA, p. 723), englobou no termo transformação os actos de tradução, adaptação e modificação do programa, não retomando o termo “modificação” constante da directiva (art. 4.º-*b*), certamente por entender tratar-se de um “erro de tradução” (Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 342), estabelecendo, depois, quanto ao chamado direito de pôr em circulação (art. 8.º), uma solução que nos parece algo problemática: um acto de disposição do original do programa produz o esgotamento do direito de o pôr em circulação, mas não afecta o direito de locação do programa. Na

verdade, como poderá ser conservado o direito de locação do programa depois de terem sido transmitidos os direitos de exploração económica a eles relativos? Com efeito, se o titular dos direitos cede, aliena ou transmite os seus direitos patrimoniais perde o interesse de participar na exploração económica do programa porque não tem mais direitos (patrimoniais) sobre ele: abdicou, privou-se do monopólio de exploração económica que a sua qualidade lhe reservava em exclusivo. Os direitos de exploração são, por força da alienação, agora reservados exclusivamente ao adquirente, incluindo o direito de distribuição do programa sob qualquer forma, incluindo, nos termos da directiva, a locação. Assim, parece que, como temos sustentado, deverá ser o transmissário quem, como titular do direito de distribuição, passa a poder controlar a locação do programa e das suas cópias (v. *Contratos de 'software'*, p. 107-8). Nesse sentido, o legislador terá divergido de certo modo da directiva.

Por outro lado, regulou autonomamente os direitos do utente, dispondo que o utente legítimo de um programa pode sempre, para utilizar o programa ou para corrigir erros, carregá-lo, visualizá-lo, executá-lo, transmiti-lo e armazená-lo (art. 6.º, 1). E, no n. 2, acrescenta: mesmo se esses actos implicarem operações previstas no n. 1, ou seja, as operações de carregamento, visualização, execução, transmissão ou armazenamento. Parece que esta disposição “deve ser um lapso de redacção da nossa lei” (Lopes Rocha/Pedro Cordeiro, *Protecção jurídica do software*, p. 34). Todavia, admite-se estipulação contratual em contrário (art. 6.º, 3, *in fine*), parecendo que tais operações poderão ser proibidas por contrato. O que é passível de se traduzir, por um lado, na ilicitude da observação, do estudo e do ensaio do funcionamento do programa para determinar as ideias e princípios que estiverem na base de algum dos seus elementos quando tal *investigação* se processe através daquelas operações; e, por outro lado, na ilicitude da utilização e da correcção de erros do programa efectuadas mediante aquelas operações. O que não deixa de ser susceptível de deixar o utilizador com uma licença que não lhe permite, na prática, utilizar o programa. E, porquanto pode ser impedido de praticar tais operações, não deixa de ser curioso saber como poderá o “utente legítimo” proceder, de facto, à investigação e/ou à execução de uma cópia de apoio, facultades estas que o legislador, “respeitando” a directiva, cunhou como imperativas (art. 6.º, 2). Como vimos, estes direitos mínimos do utilizador legítimo encontram-se, de facto, salvaguardados no cons. 17 da directiva-software: “considerando que os direitos exclusivos do autor para impedir a reprodução não autorizada da sua obra devem ser sujeitos a uma excepção limitada no caso de se tratar de um programa de computador, de forma a permitir a *reprodução tecnicamente necessária* para a utilização daquele programa pelo seu adquirente legítimo; que tal significa que *as acções de carregamento e funcionamento necessárias à utilização de uma cópia de um programa legalmente adquirido, incluindo a acção de correcção dos respectivos erros, não podem ser proibidas por contrato*”.

Quanto às regras da descompilação, a directiva prescreve a nulidade das estipulações contratuais contrárias a todas as normas da descompilação (quer respeitem ao acesso às informações, quer respeitem à sua utilização (art. 6.º e art. 9.º, 1, *in fine* — vincando a distinção entre o acesso e a utilização das informações, no sentido de a imperatividade se dirigir a ambos, Verstryngge, DIT 2/1992, p. 10-1). Porém, o nosso legislador entendeu que apenas as regras relativas ao acesso às informações (mediante descompilação) deveriam

ser imperativas; já as regras de utilização das informações licitamente obtidas seriam dispositivas. Assim, no art. 7.º, 1 e 2, estabelece as regras de acesso às informações (as condições de licitude da descompilação), prevendo no n. 3 que “é nula qualquer estipulação em contrário ao disposto nos *números anteriores*”. Depois, nos seguintes n.ºs 4 e 5 estabelece as regras de utilização dessas informações, não as cunhando com igual nota de *imperatividade*. Donde decorre que, à face da “nossa lei”, não será nula a estipulação contratual que proíba a comunicação a outrem dessas informações ainda que tal seja necessário para a interoperabilidade do programa criado independentemente. O que, a nosso ver, não está de acordo com “a letra e o espírito” da directiva (art. 6.º, 2-*b*, art. 9.º, 1, *in fine*, e cons. 25 DPC).

Depois, no art. 9.º, sob epígrafe “Direitos do titular originário”, encontramos uma norma paradigmática da natureza anómala dos direitos de autor concedidos pelo nosso legislador para a protecção jurídica dos programas de computador. Nas palavras do legislador: “1 — São ainda garantidos ao titular originário do programa o direito à menção do nome no programa e o direito à reivindicação da autoria deste. 2 — Se o programa tiver um criador intelectual individualizável, cabe-lhe, em qualquer caso, o direito a ser reconhecido como tal e de ter o seu nome mencionado no programa”. A primeira questão que se levanta consiste em saber se o chamado titular originário do programa pode ser outra pessoa que não o seu criador intelectual, como se poderá pretender face à letra dos arts. 3.º e 4.º deste diploma. E se, nessa medida, esse titular originário gozará deste direito de reivindicar a paternidade do programa. Mas, não sabemos como responder afirmativamente a este problema. O direito que o art. 9.º consagra é, em nosso entender, a faculdade de reivindicar a paternidade da obra que integra o direito moral. Direito esse que, como é sabido, apenas é reconhecido ao criador intelectual, sendo absolutamente indisponível. Pelo que, não nos parece que o titular originário do programa possa ser outrem que não o(s) seu(s) respectivo(s) criador(es). Por outro lado, a consagração deste direito de reivindicar a paternidade não deixa de ser problemática. Parece que o nosso legislador apenas reconheceu este direito moral ao autor do programa, uma vez que, como vimos, excluiu a mobilização das regras de natureza jurídico-autoral, excepto nos casos em que para as quais remete expressamente. O que não sucede relativamente aos chamados “direitos morais”. Esta solução não se encontra doutrinariamente desapojada, uma vez que, nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão, “é absurdo falar de um direito pessoal sobre um programa de computador” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 475). Nessa medida, não se deveria aplicar a Convenção de Berna aos programas de computador. Porém, de novo, esta solução parece conflitar com a directiva, a qual, segundo a referida interpretação do “silêncio” do legislador comunitário, ao *ancorar* a protecção jurídica dos programas de computador na Convenção de Berna, parece ter vinculado os Estados-membros a observarem os direitos mínimos, patrimoniais e pessoais, garantidos por aquele instrumento de protecção internacional (em sentido contrário, Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 716 s.). Nessa medida, a remissão da directiva para o regime da Convenção de Berna implica o reconhecimento de direitos morais mínimos, não apenas o direito à paternidade, mas também o direito ao respeito pela obra em relação a actos que atinjam o autor na sua honra ou reputação (neste sentido, Rebello, *Introdução*, p. 181-2). De qualquer modo, o não reconhecimento destes “direitos morais” ao criador de um programa evidencia bem a natureza anómala dos

direitos concedidos pelo nosso legislador. Isso não decorre do afastamento, neste domínio, do art. 15.º, 2, CDADC, e que está a nosso ver em conformidade com a directiva, pois que os actos de modificação não se identificam nem consomem o direito moral à integridade. Na doutrina é proposta uma solução para este problema, mas que reitera a natureza anómala dos direitos de autor concedidos: “os direitos pessoais existirão na estrita medida em que não conflituem com os direitos patrimoniais atribuídos originariamente [a outrem que não o criador intelectual do programa].”

Assim, exemplificando, o criador intelectual não poderá exercer um eventual direito de retirada mas não se vislumbra óbice a que exerça o seu direito à paternidade ou à menção de designação” (Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 721-2; sendo esta uma solução que sustenta para o Direito de Autor em geral — p. 722, n. 11). Sobre esta curiosa solução apenas diremos o seguinte: em tal caso, o criador intelectual não poderá *exercer* um eventual direito de retirada porque, de acordo com a premissa maior de que parte o A., tal direito nem sequer existirá; aliás, tal premissa maior é corroborada pelo legislador que apenas reconheceu ao criador de um programa o direito de reivindicar a paternidade (que abrange o direito à menção de designação) porquanto, como refere, “a consagração de quaisquer outros direitos não seria compatível com o exclusivo de exploração económica que se criou” (Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 734). Mas, significará afinal que para o A. a analogia de situações, ou seja, a “aproximação pontual” às normas do CDADC é definida expressamente pelo legislador, vedando-se, fora dessas situações, o recurso à sua aplicação analógica “caso a caso” pelo intérprete? O problema coloca-se também em sede de utilizações livres, tendo o legislador remetido, com as devidas adaptações, para o regime do CDADC, dispondo, porém, expressamente, que “é livre a análise de programas como objecto de pesquisa científica ou de ensino” (art. 10.º, 2). Relativamente ao uso privado, só é admitido nos termos previstos na lei, ou seja, só é permitida no âmbito da autorização de utilização concedida no respeito pelos direitos mínimos de utilização “garantidos” ao “legítimo utente” (em sentido contrário, pronunciado-se favoravelmente à aplicação do art. 68.º da l.d.a. italiana, Franceschelli, RDI 1991, p. 18).

Em sede de autonomia privada, para além da remissão para o regime geral dos contratos, dispôs que “são aplicáveis a estes negócios as disposições dos arts. 40.º, 45.º a 51.º e 55.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos”, consagrando especialmente, como critério interpretativo das estipulações contratuais, para além da boa fé, o “âmbito justificado pelas finalidades do contrato” (art. 11.º, 1-3). Assim, em geral, o titular dos direitos pode autorizar a utilização do programa por terceiro, bem como transmitir ou onerar, ainda que *ex ante*, no todo ou em parte, os seus direitos patrimoniais: os direitos patrimoniais podem ser cedidos ou constituir objecto de usufruto e penhor, e de penhora e arresto (carecendo do consentimento do autor no caso de programa inédito ou incompleto), conservando o criador intelectual, em qualquer caso, o direito a uma compensação suplementar; tais direitos podem estar incluídos em herança vaga e não podem adquirir-se por usucapião. Ora, o legislador parece ter afastado, neste domínio, a mobilização, entre outros, dos arts. 41.º a 44.º CDADC, nos quais se prevê o regime da autorização de utilização da obra e da transmissão, parcial ou total, “do conteúdo patrimonial do direito de autor”, bem como certas regras relativas à sua oneração. Para justificar a exclusão destas regras argumenta-se com a inadequação (por excesso) do

formalismo que consagram: tais “exigências formais [...] poderiam revelar-se, neste caso, como verdadeiramente bloqueadoras do funcionamento do mercado” (Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 734, n. 37). Com efeito, a autorização de utilização só poderia ser concedida por escrito, dela devendo constar obrigatória e especificadamente a forma autorizada de utilização, bem como as respectivas condições de tempo, lugar e preço; as transmissões e onerações parciais deveriam designar os modos de utilização que têm por objecto, bem como as respectivas condições de exercício relativas ao tempo, ao lugar, e, se o negócio fosse oneroso, ao preço, e deveriam constar de documento escrito com reconhecimento notarial das assinaturas; a transmissão total e definitiva dos direitos patrimoniais careceria de escritura pública, devendo identificar a obra e o respectivo preço. Todavia, a nosso ver, é questionável se este formalismo entorpecerá, de facto, a celeridade do comércio jurídico, e se o seu afastamento não poderá traduzir-se em não acautelar devidamente os interesses dos criadores intelectuais dos programas e dos utilizadores finais (v. *Contratos de ‘software’*, p 115). Em qualquer caso, note-se que do afastamento do art. 42.º do CDADC não parece que se permita concluir que o criador intelectual ou autor do programa (o chamado “titular originário”) possa renunciar aos e/ou dispôr — transmitindo ou onerando — dos seus “direitos morais”, e não obstante o legislador os ter reduzido ao direito de reivindicação da autoria. Aliás, na doutrina entende-se que só por “mero lapso” se compreende a não aplicabilidade deste preceito (Pedro Cordeiro, ROA 1994, p. 734).

Depois, o legislador admite a inscrição do programa no registo da propriedade literária (art. 12.º), regula os *secondary infringements* nos termos do CDADC (art. 13.º, 1), adoptando, como vimos, a possibilidade de apreensão dos dispositivos de contornamento dos sistemas técnicos de protecção (art. 13.º, 2 e 3). Prevê ainda, no art. 14.º, a tutela jurídico-penal dos programas contra a reprodução não autorizada, remetendo expressamente para o art. 9.º, 1, da Lei da Criminalidade Informática, nos termos do qual, “quem, não estando para tanto autorizado, reproduzir, divulgar ou comunicar ao público um programa informático protegido por lei será punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”. Resta saber se a tentativa é punível, tal como se prevê no art. 9.º, 3 (sobre o ponto, v. Faria Costa, RIDP 1993, p. 517 s.). Na verdade, ao remeter apenas para o n.º 1 deste artigo, parece não ter afastado aquele preceito, ainda que tenha ressalvado a tutela por outras disposições legais de “diversa natureza” (art. 15.º). Ora, a ‘falta de clareza’ levou a que tivesse sido já proposta a revogação do art. 9.º (cfr. Lourenço Martins, *Protecção jurídica do “Software”*, p. 93). Em sede de “tutela internacional”, o legislador dispõe no art. 17.º determinados critérios que revelam claramente ter subtraído a protecção dos programas de computador ao quadro de tutela jurídica internacional oferecido pela Convenção de Berna, uma vez que subordina a tutela internacional à reciprocidade material, admitindo a aplicação do princípio do tratamento nacional apenas na medida em que assim for estabelecido por convenção internacional, como acontece, agora, expressamente, com o novo Tratado OMPI sobre direito de autor.

Reafirmamos conclusivamente, que são detectáveis algumas fracturas susceptíveis de comprometerem a conformidade da nossa lei com o regime prescrito pela directiva. Para além de se prestar a “situações confusas e de dificuldade interpretativa” (Lourenço Martins, *Protecção jurídica do “Software”*, p. 52), o regime instituído pelo nosso legislador parece

concorrência, tal não obsta a que participe, ainda, da dita natureza análoga aos direitos de autor de que se intitula o regime especial de protecção dos programas de computador instituído.

Esta asserção é confirmada pelo disposto no art. 15.º, segundo o qual este regime especial “não prejudica a vigência de regras de diversa natureza donde possa resultar uma protecção do programa, como as emergentes da disciplina dos direitos de patente, marcas, concorrência desleal, segredos comerciais e das topografias de produtos semicondutores ou do direito dos contratos”. Isto é, o regime especial de protecção dos programas de computador institui uma protecção análoga aos direitos de autor, que não prejudica a sua tutela por regras de “natureza diversa”.

Ora, esta disposição, para além da sua relevância sistemática — *maxime*,

caracterizar-se pela protecção dos programas de computador através da concessão de direitos de autor “anómalos”, como, aliás, era propugnado na doutrina (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, p. 473 s.). Assim, terá sido instituído um regime especial, uma espécie de *tertium genus*, certamente insuflado pela pressuposição da natureza híbrida do *software*. Contudo, fazendo nossas as palavras de Lopes Rocha, “a Directiva ficará sempre como um 'satélite vigilante' pronto a emitir sinais na interpretação dos comandos que constituem o direito nacional harmonizado, [...] e quanto mais um Estado-membro se afaste do parâmetro mais a Directiva será chamada na aplicação do direito no caso concreto” (Lopes Rocha, *Contratos de licença*, p. 704).

Todavia, numa apreciação de política legislativa, apesar de todos os Tratados internacionais, o futuro dirá se a solução do nosso legislador não terá sido a mais adequada à especial natureza do *software*. Trata-se de obras funcionais cuja protecção nos termos das obras literárias, ou acaba por não se verificar em razão da dicotomia ideia-expressão, sendo então a prescrição legislativa um logro, ou acaba por exigir um regime de análise especial para estas obras em que este princípio tão caro ao direito de autor não se aplica, como, aliás, tem sido proposto (v. Weinreb, Harvard LR 1998, p. 1250), ou ainda poderá acabar num alargamento geral do objecto do direito de autor no sentido de abranger o seu conteúdo ideativo-funcional, acabando-se com a distinção entre livros e máquinas, e tudo se dissolvendo no *gurgite vasto* dos direitos de propriedade intelectual. O futuro o dirá se a abertura de um *tertium genus* de objectos de propriedade intelectual, incluindo, *inter alia*, as tecnologias electrónicas da informação (programas de computador, topografias de produtos semicondutores, sistemas de bases de dados) e as criações artificiais geradas por computador, não acabará por se impor como via de protecção com o advento do ambiente digital do ciberespaço (v. Dworkin, *Copyright, Patents and/or Sui Generis*, p. 165 s.). Porque, justamente, talvez a questão não deva ser se o direito de autor pode proteger os programas de computador, mas antes se o deve fazer. Afinal de contas, como o disse Goldstein, não se terá posto a pergunta errada e conseqüentemente obtido a correspondente resposta? (Goldstein, *Computer-Assisted and Computer Generated-Works*, p. 541).

na articulação deste regime especial com o CDADC (1226) —, permite extrair o argumento segundo o qual as regras da descompilação, se bem que informadas por interesses de concorrência, integram, ainda, a protecção análoga aos direitos de autor atribuída aos programas de computador que tiverem carácter criativo. Não obstante, a protecção dos programas de computador nos termos previstos no regime instituído não é, necessariamente, pressuposto da (i)licitude da descompilação, ainda que essa protecção não incida sobre as partes necessárias à interoperabilidade. As regras da descompilação traduzem-se, ao mesmo, numa tutela lateral aos direitos de autor atribuídos pelo regime sobre os programas de computador e num limite a outras formas de protecção, uma vez que a descompilação poderá sempre ser feita nas condições previstas, mas apenas nessas condições.

Deste modo compreende-se, por um lado, que a descompilação só possa ser realizada por utentes legítimos do programa (por ex., um titular de licença de utilização), e, por outro lado, que as informações desse modo obtidas não possam ser utilizadas para um acto que infrinja direitos de autor sobre o programa originário, lesar a sua exploração normal ou causar um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do titular do direito (art. 7.º, 2, 4-a/b). Assim, por exemplo, um programa em cujo processo de criação independente tenha havido uma comunicação de informações, acedidas através de descompilação para fins de interoperabilidade, não poderá ser “substancialmente semelhante, na sua expressão, ao programa originário” descompilado (art. 7.º, 5).

5. Decorre do exposto que as regras da descompilação embora se integrem na protecção dos programas de computador por direitos de autor nos termos do regime instituído, não a pressupõem necessariamente. Além disso, reforçam esta protecção, uma vez que, ainda que as *interfaces* dos programas não satisfaçam os requisitos dessa protecção — não podendo o titular dos direitos opôr-se, por isso, à sua reprodução e transformação —, a licitude da descompilação e da utilização das informações obtidas depende de condições muito restritas.

Estamos, portanto, em face de uma forma de tutela lateral ou preventiva dos programas de computador, porquanto as regras da descompilação proíbem a prática de actos de acesso a informações susceptíveis de poderem afectar direitos de autor atribuídos sobre os programas, ainda que esses actos, considerados de *per se*, enquanto tais, não impliquem, necessariamente, a violação de direitos de autor (por ex., em virtude de as *interfaces* do programa,

reproduzidas e transformadas no âmbito da descompilação, não terem carácter criativo).

Esta protecção de segundo grau, que opera por via preventiva, justificará, certamente, a razão pela qual o legislador não protegeu os programas de computador enquanto obras literárias *tout court*, tendo antes optado pela atribuição de protecção análoga. Representa, com efeito, um alargamento das margens do direito de autor, em nome do qual passam a ser proibidos certos actos pela virtualidade lesiva dos seus efeitos potenciais. Nestes termos, porém, compreende-se que, apesar da sua natureza análoga — *et pour cause* —, estes direitos de autor possam ser protegidos através de regras também informadas por interesses de concorrência. Em causa está proteger os direitos de autor sobre programas de computador contra actos virtualmente ilícitos nos seus efeitos potenciais.

São, portanto, interesses de concorrência que informam as regras da descompilação. Interesses esses que apontam, paradoxalmente, em sentidos divergentes. Por um lado, a promoção da livre concorrência fundamenta o imperativo da interoperabilidade, justificando a licitude da descompilação, que encerra uma excepção aos direitos de reproduzir e/ou transformar o programa, no todo ou em parte — incluindo as *interfaces*, quando sejam protegidas —, de outro modo, reservados em exclusivo ao respectivo titular. Por outro lado, mesmo que as *interfaces* do programa de computador não tenham carácter criativo, o titular dos direitos poderá, não obstante, obstar à prática de actos que envolvam a sua reprodução e transformação no âmbito da descompilação, com base em não ser esta “a via indispensável” para a obtenção de informações necessárias à interoperabilidade, alegando, por exemplo, que essas informações já estão fácil e rapidamente disponíveis. Nessa medida, o titular dos direitos pode prevenir a prática de actos de terceiros — *maxime*, concorrentes — que, pela virtualidade dos seus efeitos potenciais, são susceptíveis de proporcionar a violação dos seus direitos de autor sobre o programa.

Ora, é justamente na circunstância de a descompilação constituir um meio adequado à prática de factos ilícitos jurídico-autorais, que repousa, em grande medida, a justificação da sua admissibilidade em termos tão restritos. Admissibilidade essa que, no entanto, é garantida em termos imperativos (art. 7.º, 3), independentemente da protecção das *interfaces* pelos direitos de autor, uma vez que a descompilação possibilita, ao mesmo tempo, a interoperabilidade entre programas de computador, constituindo, nessa medida, um instrumento de promoção da livre concorrência no mercado das tecnologias da informação.

6. Aqui chegados, cumpre observar, porém, que a referida forma de protecção lateral ou preventiva dos programas de computador não estava directamente prevista na Directiva Programas de Computador, nos termos da qual a protecção das *interfaces* não parece ser irrelevante para a (i)licitude da descompilação. Vale isto por dizer que a Directiva Programas de Computador admite a descompilação das *interfaces* para fins de interoperabilidade na medida em que sejam protegidas, isto é, enquanto excepção *proprio sensu* aos direitos exclusivos do titular (art. 6.º DPC). *A contrario*, se as *interfaces* não forem protegidas, já a sua descompilação será, em princípio, livre, mesmo que não seja efectuada para fins de interoperabilidade. O mesmo valerá, *mutatis mutandis*, para as restantes partes dos programas de computador.

Por outras palavras, nos termos da Directiva Programas de Computador as circunstâncias restritas de licitude da descompilação justificam-se na medida em que esta envolva a prática de actos reservados em exclusivo ao titular dos direitos. Nessa medida tratar-se-á de uma excepção, que encontra o seu fundamento na livre concorrência mercantil de que a engenharia regressiva constitui um adequado instrumento de promoção. Porém, se as partes do programa objecto de descompilação não forem protegidas, mesmo que esta não seja a “via indispensável” para a obtenção de informações necessárias à interoperabilidade, mesmo assim, dizíamos, a descompilação não constituirá um ilícito jurídico-autoral.

Com efeito, as regras da descompilação prescritas na Directiva Programas de Computador partem do princípio segundo o qual “qualquer reprodução, tradução, adaptação ou transformação não autorizadas da forma do código em que uma cópia de um programa de computador foi criada constitui uma infracção aos direitos exclusivos do autor” (cons. 19). Infracção porquanto se trate de operações “não autorizadas”, isto é, enquanto actos que o titular dos direitos exclusivos possa, ou não, autorizar. Na medida em que possa, considera-se, “no entanto, que em certas circunstâncias uma tal modificação do código de um programa de computador[...] é indispensável para obter as necessárias informações no sentido de conseguir a interoperabilidade de um programa independente com outros programas” (cons. 20). Por outro lado, em tais circunstâncias restritas, a descompilação pela pessoa que tem o direito de usar uma cópia do programa, ou em seu nome, é considerada legítima e compatível com uma prática leal, devendo, portanto, ser dispensada da solicitação do consentimento do titular do direito (cons. 21).

A razão de ser desta excepção aos direitos exclusivos do titular repousa na adequação da descompilação enquanto instrumento de prossecução da

interoperabilidade, isto é, da “capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas” (cons. 12). Assim definida, a interoperabilidade é a designação corrente da interconexão ou interacção funcionais entre os componentes de um sistema informático (equipamento, programas e, a nosso ver, dados). Ora, as partes do programa que permitem a interoperabilidade são geralmente conhecidas como *interfaces*, sem as quais um programa de computador não pode desempenhar a sua função de comunicar e trabalhar com outros componentes de um sistema informático e com os utilizadores, uma vez que é necessária uma interconexão e uma interacção lógica e, quando necessário, física, no sentido de permitir o funcionamento de todos os elementos do suporte lógico e do equipamento com outros suportes lógicos e equipamentos e com os utilizadores, e todas as formas de funcionamento previstas (cons. 10).

7. Assim, a excepção aos direitos exclusivos do titular consagrada pelas regras da descompilação justifica-se em ordem à promoção da livre concorrência neste sector. Com efeito, um dos objectivos desta excepção é o de permitir a interacção de todos os elementos de um sistema informático, incluindo os de diferentes fabricantes, de forma a poderem funcionar conjuntamente (cons. 22). A isso acresce que as regras da concorrência fixadas nos arts. 85.º e 86.º do Tratado de Roma podem ser aplicadas se um fornecedor importante recusar divulgar informações necessárias à interoperabilidade (cons. 26). E, encontrando-se a Comunidade profundamente empenhada na promoção da normalização internacional (cons. 9), a Directiva Programas de Computador não afecta as exigências da legislação comunitária já adoptada sobre a publicação de *interfaces* no sector das telecomunicações ou as decisões do Conselho relativas à normalização no domínio da tecnologia da informação e das telecomunicações (cons. 27).

Não obstante, esta justificação da excepção pela necessidade de conciliação dos interesses do titular dos direitos exclusivos e o interesse geral da promoção da livre concorrência parece pressupor a verificação da premissa maior, a saber: a protecção dos programas de computador pelos direitos de autor. Nessa medida, compreende-se que esta excepção não possa ser aplicada de forma a colidir com uma exploração normal do programa ou a prejudicar os interesses legítimos do titular do direito (cons. 23). Pelo que, podemos concluir, também, por outro lado, que a exigência de circunstâncias restritas de admissibilidade da excepção pressupõe a protecção das *interfaces* por direitos de autor. Caso contrário, a sua descompilação já será, em princípio, livre.

Em princípio, porque poderão ser aplicadas outras formas de protecção,

como o direito dos contratos ou a concorrência desleal. Porém, em nosso juízo, a descompilação será sempre livre para fins de interoperabilidade, ao menos nos termos previstos. Ou seja, não parece sustentável que por não ser o programa protegido, a imperatividade das regras da descompilação não se aplicará, podendo o titular de direitos prevalecer-se de mecanismos contratuais, ou dispositivos tecnológicos para proteger as informações subjacentes ao programa. Faria, aliás, pouco sentido, que fosse consagrada essa exceção à protecção em nome da interoperabilidade, mas, não se verificando essa protecção, já não se justificaria também a exceção.

Deverá entender-se que o imperativo da interoperabilidade, prosseguido pela directiva nos termos definidos, prevalece quer sobre direitos de autor, quer sobre cláusulas contratuais, quer sobre formas laterais de protecção como o direito dos segredos e a concorrência desleal. Por isso dizemos que as regras da interoperabilidade estão nas margens do direito de autor, pondo em causa um problema mais vasto de política da concorrência (e do consumidor) na economia do mercado da informação.

A directiva, porém, deixa o problema em aberto, uma vez que parece pressupôr a protecção pelos direitos de autor, e, ao mesmo tempo, ressalva outras formas de protecção, como o direito dos contratos e o direito dos segredos. Mas, em nosso juízo, o imperativo da interoperabilidade deverá justificar a descompilação dos termos previstos contra qualquer forma de protecção, sejam os direitos de autor, o direito dos segredos, as cláusulas contratuais ou a concorrência desleal.

Nesse aspecto, a nossa lei parece ter sido muito mais clara, resolvendo, a nosso ver, todas as questões interpretativas que se poderiam suscitar e que foram debatidas na doutrina, em termos de permitir a descompilação mesmo que as *interfaces* não sejam protegidas pelo direito de autor. Nesse aspecto, e se esta for a interpretação mais adequada, o nosso legislador não será senão de louvar, tendo resolvido, em sede de interoperabilidade programas-programas, o mandamento da interoperabilidade.

8. Na verdade, o resultado da directiva parece divergir, de certo modo, da solução adoptada pelo legislador nacional, que consagra uma forma de protecção lateral dos programas de computador, em termos de não permitir livremente a descompilação das *interfaces*, ainda que estas não tenham carácter criativo. Mas, no fundo, esse é o resultado que a própria directiva não poderá proibir.

Com efeito, a Directiva Programas de Computador permite esta outra forma de protecção lateral, se bem que por regras de natureza diferente dos

direitos de autor, uma vez que o art. 9.º, 1, permite a aplicação de outras disposições legais, nomeadamente, as relativas a direitos de patente, a marcas, a concorrência desleal, a segredos comerciais, a produtos semicondutores ou ao direito dos contratos. E, se bem que prescreva a imperatividade das regras da descompilação, considerando nulas todas as estipulações contratuais contrárias ao art. 6.º, a verdade é que, não se verificando o pressuposto da protecção das *interfaces* pelos direitos de autor, poderia o contrato conter cláusulas de proibição da descompilação em quaisquer circunstâncias. Pelo que, quando muito, só por extensão teleológica as cláusulas seriam inválidas por não permitirem a descompilação para fins de interoperabilidade nos termos restritos do art. 6.º. E só por extensão teleológica seria a descompilação permitida mesmo contra outras formas de protecção como o direito dos segredos ou a concorrência desleal.

Pois que, uma coisa é uma forma de protecção lateral integrada no *licere* secundário de um direito com eficácia *erga omnes*, outra coisa é uma estipulação constante de uma cláusula contratual provida de efeitos *inter partes*: no primeiro caso, o titular dos direitos sobre o programa poderá opôr-se à descompilação das suas *interfaces* contra qualquer pessoa, nos termos da lei; no segundo, só o poderá fazer contra as partes com quem tenha celebrado licenças contratuais, na medida em que estejam em conformidade com a lei. Assim, no primeiro caso, e ao contrário do segundo, o titular dos direitos beneficia, por exemplo, da medida especial de tutela, que consiste na possibilidade de apreensão de dispositivos em comercialização que facilitem a supressão ou a neutralização de sistemas técnicos de protecção de programas de computador contra a sua descompilação, na medida em que esta não seja permitida nos termos da lei.

Além disso, deve referir-se que, ao passo que a Directiva Programas de Computador prescreve a nulidade das cláusulas contratuais contrárias ao art. 6.º (art. 9.º, 1, 2.ª parte), incluindo não apenas as condições de licitude da descompilação, mas também as relativas à utilização das informações obtidas, a nossa lei restringe essa imperatividade apenas ao acesso às informações (descompilação), e já não à sua utilização (art. 7.º, 3, RPC). Donde de decorre que, ao contrário da Directiva Programas de Computador (art. 6.º, 2-*b*), poderá ser proibido por contrato a comunicação a outrem das informações obtidas ainda que tal seja necessário para a interoperabilidade do programa criado independentemente (art. 7.º, 4-*c*).

Vale isto por dizer que o nosso regime interno de protecção jurídica dos programas de computador será, em sede de descompilação, aparentemente mais favorável ao titular de direitos do que o prescrito pelo legislador

comunitário: por um lado, a licitude da descompilação depende, em última instância, de ser a “via indispensável” de acesso a informações necessárias à interoperabilidade de programas de computador; por outro lado, o titular dos direitos poderá proibir que essas informações sejam comunicadas a outrem, mesmo que tal seja necessário para a interoperabilidade do programa criado de modo independente.

Mas a nossa lei tem um outro sentido, pois que, “ainda que envolva a prática daquelas operações”, significa, claramente, que mesmo que o programa não seja protegido (ao menos nas *interfaces*), a descompilação será lícita, mesmo contra outras formas de protecção, como o contrato, o direito dos segredos, ou a concorrência desleal. No fundo, a lei consagra a solução que a interpretação da directiva segundo o princípio da interoperabilidade parece impor. Isto é, as formas de protecção ressalvadas estarão também sujeitas ao imperativo da interoperabilidade e à faculdade de descompilação. Mas, ao mesmo tempo, permite a interpretação *a contrario*, e não havendo estas outras formas de protecção ressalvadas, a descompilação só será lícita nos termos previstos.

9. Porém, a validade desta asserção depende da verificação dos termos da premissa maior, a saber: constituir o programa de computador objecto de direitos de autor. Com efeito, os termos restritivos da descompilação são justificados, em primeira linha, por esta protecção, não apenas porque a descompilação pode constituir uma infracção a tais direitos — pressuposta, de resto, na “Directiva Programas de Computador” —, mas também porque permite a obtenção de informações cuja utilização é susceptível de gerar a produção de resultados ilícitos. Assim é, uma vez que estas informações, ainda que obtidas mediante descompilação lícita, não poderão ser utilizadas para o desenvolvimento, produção ou comercialização de um programa substancialmente semelhante na sua expressão, ou para qualquer outro acto que infrinja os direitos de autor (art. 6.º, 2-c).

Não obstante, a Directiva Programas de Computador prescreve, ainda, que as informações obtidas não podem ser utilizadas para outros fins ou transmitidas a outrem senão quando tal seja necessário para assegurar a interoperabilidade do programa criado independentemente (art. 6.º, 2-a/b). Ou seja, as informações obtidas por descompilação podem gerar não apenas a produção de ilícitos jurídico-autoriais, mas também resultados cuja ilicitude já não encontra, ao que parece, fundamento nos direitos de autor.

Assim, por um lado, a Directiva Programas de Computador permite a obtenção de informações necessárias à interoperabilidade por via de

descompilação, sem que para o efeito seja necessária autorização do titular dos direitos exclusivos; por outro lado, não permite a utilização de tais informações senão para fins de interoperabilidade, proibindo-a expressamente, não apenas em relação a quaisquer actos que infrinjam direitos de autor, mas também para outros actos, de *per se*, não constitutivos de ilícitos jurídico-autorais, como sejam, nomeadamente, a sua utilização “para outros fins”, que não o de assegurar a interoperabilidade de um programa criado independentemente. Ora, o nosso regime interno não prevê, expressamente, a proibição de utilização de tais informações “para outros fins”. Pelo que deve perguntar-se: que casos estarão previstos na hipótese normativa descrita pela utilização daquelas informações “para outros fins”?

Prima facie, a solução do legislador comunitário parece razoável e susceptível de acolhimento no seio do instituto jusautorais, na medida em que, constituindo a descompilação uma infracção aos direitos exclusivos do titular, apenas é permitida em termos excepcionais, na medida, portanto, do estritamente necessário à prossecução do imperativo de interoperabilidade, que encontra o seu fundamento na promoção da livre concorrência. Por isso, parecerá aceitável que tais informações não possam ser utilizadas senão para cumprir este escopo. Não obstante, a proibição expressa da utilização dessas informações “para outros fins” já não poderá ser fundamentada na sua susceptibilidade de gerar a produção de um resultado de ilicitude jurídico-autoral.

Vale isto por dizer que os direitos de autor, embora possam justificar as condições restritas de acesso a tais informações através de descompilação, já poderão não ser fundamento bastante para proibir os resultados da sua utilização. Por seu turno, o nosso regime interno, embora não condicione a licitude da descompilação à necessidade de prática de actos reservados em exclusivo ao titular dos direitos sobre o programa, também não proíbe, expressamente, a utilização de tais informações “para outros fins”. O único acto expressamente proibido que, de *per se*, não se justificará pela sua ilicitude jusautorais *proprio sensu*, é a comunicação dessas informações a outrem quando não sejam necessárias para a interoperabilidade do programa criado independentemente (art. 7.º, 4-c). De resto, a protecção lateral ou preventiva, que o nosso regime parece conceder aos programas de computador, é integrada num regime de tutela central por direitos de autor.

Por outras palavras, ainda que, em última análise, não faça depender a (i)licitude da descompilação do “carácter criativo” das *interfaces*, já, porém, não proíbe, expressamente, a utilização das informações “para outros fins” que não a interoperabilidade, senão na medida em que produza resultados

jurídico-autoralmente ilícitos.

E, por isso mesmo, vimos que tratava-se aquela de uma medida destinada a proteger lateral ou preventivamente os direitos de autor sobre o programa de computador, aí colhendo a sua justificação. Donde resulta que o nosso regime interno, se bem que pareça consagrar um sistema de acesso mais restrito, já é mais “generoso” no que respeita à utilização das informações, não a proibindo expressamente quando realizada “para outros fins”. Dizer isto, pressupõe, no entanto, fazê-lo *cum grano salis*: a “restritividade” do acesso dependerá, afinal, do que se entender por carácter criativo dos programas, sendo que, por seu turno, a referida “generosidade” reveste natureza dispositiva.

10. Por outro lado, a resposta à pergunta de saber a que casos se destinará a provisão comunitária, não acolhida pelo nosso regime interno, que proíbe expressamente a utilização das informações “para outros fins”, depende da solução prévia de um outro problema. Trata-se de apurar o valor jurídico das informações cuja utilização se proíbe.

Na verdade, como vimos, apesar de a restrição do acesso a estas informações através de descompilação poder ser justificada por implicar a prática de actos reservados em exclusivo ao titular dos direitos sobre o programa, já a proibição da sua utilização não encontrará fundamento directo nos direitos de autor, na medida em que estes não as protejam, enquanto tais. Assim sendo, a proibição da utilização destas informações poderá encontrar aí fundamento, quando muito, nos casos em que se traduza na prática de actos ilícitos por violação de direitos de autor. Assim seria, por exemplo, se tais informações fossem utilizadas para a escrita de um programa de computador substancialmente idêntico na sua expressão ao programa cujas *interfaces* tivessem sido objecto de descompilação. Mas, mesmo neste caso, estar-se-ia perante uma ilicitude jurídico-autoral *proprio sensu*, resultante, não da utilização de informações obtidas mediante descompilação do programa “usurpado”, mas, desde logo, da identidade de forma de expressão dos programas.

Pelo que, a proibição de utilização de informações obtidas mediante descompilação traduzir-se-á, nestas situações, numa forma de protecção lateral dos programas de computador contra, *maxime*, actos de concorrência. De todo o modo, os direitos de autor seriam, ainda, susceptíveis de fundamentar estes delitos, digamos, impróprios. Na verdade, a obtenção destas informações

A verdade, aliás, é que os regimes intituídos pelas directivas programas de computador e bases de dados, para não falar das topografias de produtos semicondutores, consagram

implica uma excepção aos direitos exclusivos do titular do programa, justificando-se, nessa medida, que a utilização dessas informações seja limitada pelo fim que justifica a licitude da sua obtenção: a interoperabilidade. Por outras palavras, a promoção da livre concorrência não deverá ter por efeito potenciar a prática de actos jurídico-autoralmente ilícitos. Vale isto por dizer que nestas situações seria ainda sustentável proibir a utilização de tais informações enquanto ilícito jurídico-autoral impróprio ou de segundo grau. Esta forma de tutela lateral, que o legislador comunitário consagrou por via repressiva, terá sido consagrada, também, pelo nosso regime interno, para além da tutela lateral preventiva que referimos ⁽¹²²⁷⁾.

Não obstante, para as outras situações, o mesmo critério já não colherá fundamento nos direitos de autor. Na verdade, a proibição de utilização de tais informações para outros fins que não a interoperabilidade já não encontrará analogia no seio deste instituto. Sendo essas informações utilizadas para a prática de um acto que não infrinja direitos de autor, não se compreende, então, como poderá essa utilização constituir um delito jurídico-autoral. Com efeito, a utilização dessas informações não constituirá, em tais circunstâncias, um acto que, pela virtualidade lesiva dos seus efeitos potenciais, seja susceptível de produzir ilícitos contra os direitos de autor. Nessa medida, e ao contrário das situações anteriores, não será assimilável a um delito jusautoral, ainda que impróprio.

Terão sido estas as razões que, a nosso ver, motivaram o nosso legislador, por um lado, a não proteger os programas de computador enquanto obras literárias *tout court*, e, por outro lado — apesar de se ter limitado a atribuir apenas protecção análoga, *et pour cause* —, a não consagrar expressamente esta segunda forma de tutela lateral repressiva, não prevendo, portanto, a proibição de utilização das informações “para outros fins” sequer como um delito impróprio. Porém, o mesmo já não fez para a proibição de comunicação a outrem dessas informações, tendo, à semelhança da “Directiva Programas de Computador”, enxertado este delito *sui generis* num regime de natureza, certamente também por isso, dita análoga aos direitos de autor.

11. Dir-se-á, porém, que esta argumentação fundamenta-se na premissa segundo a qual as informações obtidas mediante descompilação das *interfaces* dos programas não são acolhidas no seio do instituto jusautoral. E acrescentar-se-á: *quod erat demonstrandum*. Na verdade, se tais informações forem protegidas pelos direitos de autor, então a sua utilização não autorizada, seja por disposição legal, seja por estipulação negocial, constituirá um ilícito jurídico-autoral em sentido próprio. Assim será, uma vez que ao titular dos

direitos sobre o programa estará reservada em exclusivo a faculdade de utilizar essas informações, ou autorizar a sua utilização por terceiros, salvo disposição legal imperativa em contrário.

Pelo que, se tais informações forem objecto de direitos de autor, então as normas da Directiva Programas de Computador que dão corpo ao imperativo da interoperabilidade limitar-se-ão a dar efeito útil às regras da descompilação, através da garantia da possibilidade de utilização das informações obtidas. Nessa medida, a proibição expressa da utilização dessas informações “para outros fins”, se bem que de algum modo desnecessária, compreender-se-á, na medida em que tais informações sejam, portanto, protegidas. Assim sendo, torna-se imprescindível, saber se estas informações são, ou não, protegidas pelos direitos de autor, retomando, de algum modo, a *vexata questio* da protecção jurídica dos programas de computador. Na verdade, os grupos de casos susceptíveis de serem previstos na hipótese descrita pelos termos utilização “para outros fins” serão diversos em função dos termos de protecção de tais informações.

Ora, para saber se tais informações são protegidas por direitos de autor, interessa recapitular os termos em que a Directiva Programas de Computador define o seu objecto de protecção. Em primeiro lugar, incumbe os Estados-membros de protegerem os programas de computador mediante a concessão de direitos de autor, considerando-os enquanto obras literárias, na acepção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas (art. 1.º, 1, cons. 6).

Apesar de não ter consagrado expressamente uma definição de programa de computador, considerou que esta expressão “inclui qualquer tipo de programa, mesmo os que estão incorporados no equipamento” (cons. 7, 1.ª parte), e, ainda, o “material de concepção” (art. 1.º, 1, *in fine*), ou seja, “o trabalho de concepção preparatório conducente à elaboração de um programa de computador, desde que esse trabalho preparatório seja de molde a resultar num programa de computador numa fase posterior” (cons. 7, 2.ª parte). Destas regras resulta uma noção ampla de programas de computador para efeitos de protecção, abrangendo todos e quaisquer programas, independentemente do seu tipo funcional (*firmware*, sistema operativo, aplicativos), do seu suporte material de fixação (disco óptico, fita magnética, papel, equipamento, etc.), e da sua fase de desenvolvimento, incluindo o material preparatório (diagramas, fluxogramas).

Em segundo lugar, consagra um princípio dos direitos de autor, segundo o qual “a protecção abrange a expressão, sob qualquer forma, de um programa de computador” (art. 1.º, 2, 1.ª parte). Referida à norma anterior, significa

esta disposição que se protege a forma de expressão dos programas de computador, a qual já se reconhece ao nível do material de concepção, isto é, do trabalho de concepção preparatório conducente à elaboração de um programa de computador, na medida em que possa traduzir-se num programa de computador numa fase posterior. Vale isto por dizer que, para além do código-objecto, não se protege apenas o código-fonte *proprio sensu* do programa, isto é, a expressão do programa na forma de texto escrito numa linguagem de programação (*v. g.*, Pascal, Cobol, Basic, Fortran, Java), mas, também, o código genético-funcional do programa (código-fonte em sentido amplo). Mas, constituirão objecto de protecção as linguagens de programação, a lógica e os algoritmos a desenvolver através da escrita do programa?

Como vimos, a hipótese de resposta afirmativa a esta pergunta não é falsificada pela delimitação negativa do objecto de protecção. Trata-se da regra segundo a qual “as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa de computador, incluindo os que estão na base das respectivas *interfaces*, não são protegidos pelos direitos de autor ao abrigo da presente directiva” (art. 1.º, 1, 2.ª parte). Esta disposição reafirma um princípio fundamental do direito de autor, manifestando a preocupação do legislador comunitário em, “de forma a evitar qualquer dúvida, se tem de deixar bem claro que a protecção abrange unicamente a expressão de um programa de computador e que as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa, incluindo os subjacentes à suas *interfaces*, não são protegidos por direitos de autor ao abrigo da presente directiva” (cons. 13). Neste sentido, considera-se, ainda, que, “de acordo com este princípio dos direitos de autor, as ideias e princípios eventualmente presentes na lógica, nos algoritmos e nas linguagens de programação não são protegidos ao abrigo da presente directiva” (cons. 14). Porém, considera-se, ainda, que “de acordo com a legislação e a jurisprudência dos Estados-membros e com as convenções internacionais sobre direitos de autor, a expressão dessas ideias e princípios deve ser protegida por direitos de autor” (cons. 15).

Ora, destes termos de delimitação do objecto de protecção parece resultar que: 1.º a lógica, os algoritmos e as linguagens de programação não se confundem com as ideias e os princípios; 2.º nessa medida, podem constituir elementos dos programas de computador; 3.º pelo que, serão susceptíveis de integrar a sua forma de expressão; 4.ª podendo ser, por conseguinte, assimiláveis ao objecto de tutela. Vale isto por dizer que é admitida a existência de expressão de ideias e princípios ao nível, por exemplo, dos algoritmos, sendo essa expressão susceptível de reclamar protecção nos termos da directiva, uma vez que protegem-se os programas de computador desde a sua fase preliminar

de concepção. Por outras palavras, os programas de computador são protegidos, na sua forma de expressão, desde a sua fase de concepção preliminar, não sendo excluídos, por isso, certos elementos, como sejam a lógica e os algoritmos em que se analisa o código genético-funcional dos programas de computador.

Em terceiro lugar, por último, a forma de expressão dos programas, que se admite desde a sua fase preliminar de protecção, deverá, ainda, satisfazer o critério de originalidade prescrito. É um requisito minimal, na medida em que “um programa de computador será protegido se for original, no sentido em que é resultado da criação intelectual do autor”. Requisito minimal, uma vez que “não serão considerados quaisquer outros critérios para determinar a sua susceptibilidade de protecção” (art. 1.º, 3). Ou seja, para que um programa de computador cumpra o requisito da originalidade é necessário apenas que constitua uma criação intelectual do autor, uma vez que, “no tocante aos critérios a aplicar para apreciar se um programa de computador constitui ou não uma obra original, não se deverá recorrer a testes dos seus méritos qualitativos ou estéticos” (cons. 8). Desta análise do objecto de protecção resulta que as informações obtidas mediante descompilação serão protegidas se consistirem em forma de expressão original de um programa de computador, ainda que ao nível dos elementos do seu código genético-funcional.

12. Mas, permitirá a descompilação obter informações com tais características? É certo que a descompilação traduz o processo inverso à compilação de um programa de computador. Mas, permitirá a obtenção do código-fonte e, sobretudo, do código genético-funcional, em termos de permitir a sua reprodução e transformação?

Como vimos, em termos muito elementares, a compilação consiste na conversão do código-fonte em código-objecto, sendo efectuada pelo *firmware* ou programa ‘tradutor’ incorporado na ROM do computador. Na verdade, o programa de computador é escrito através de uma linguagem de programação, expressando-se num texto ou código-fonte, segundo uma determinada lógica e algoritmos ou processos de programação, que compõem o código genético-funcional do programa. Porém, para que o programa assim escrito possa ser executado pela máquina, é necessário que o código-fonte seja traduzido pelo *firmware* da ROM do computador, em linguagem binária ou de baixo nível, naquilo que se chama o código-objecto, o qual é, depois, interpretado pelo programa intérprete da unidade central de processamento do computador. Ora, a descompilação é o processo inverso, pelo qual se regressa, *grosso modo*, ao código-fonte, re-convertendo o código fonte. O objectivo é reverter o programa na sua forma humanamente legível, ou seja, em algo

muito próximo do código-fonte em que foi escrito através de uma linguagem de programação, permitindo, desse modo, o acesso ao código-genético funcional do programa (a lógica, os algoritmos, enfim, os processos utilizados na escrita do programa).

As vantagens que se podem tirar da descompilação de um programa de computador, que implica a reprodução e “tradução” do seu código-objecto, são múltiplas, uma vez que possibilita o acesso a um texto humanamente inteligível próximo do código-fonte do programa descompilado, permitindo, nessa medida, a recriação do código perdido, a correcção de erros, a tradução desse texto através de outra linguagem de programação, a sua adaptação ou alteração através da preparação de produtos derivados, sejam actualizações ou melhoramentos do programa original, sejam programas funcionalmente equivalentes ainda que não expressivamente semelhantes ou idênticos. E, como vimos, o relevo económico destas vantagens da descompilação fez com que o art. 6.º da directiva tivesse sido a disposição que mais animou os lobbies ou grupos de pressão neste sector. De um lado, o *lobby* norte-americano SAGE (*Software Action Group for Europe*) opunha-se à consagração de uma faculdade de descompilação, quaisquer que fossem os seus termos. De outro lado, o *lobby* europeu ECIS (*European Committee for Interoperable Software*) pugnava pela inclusão de uma tal cláusula, ainda que em termos restritos, para se alcançar a interoperabilidade entre os sistemas informáticos.

Não obstante, a pergunta é: a descompilação permite a obtenção de informações que consistam no código-fonte e no código genético-funcional do programa, em termos que a sua utilização se traduza na reprodução ou transformação destes elementos e pressupondo que beneficiam de protecção pelos direitos de autor? A resposta parece ser negativa, uma vez que, como vimos, a descompilação apenas permite reverter o código-objecto do programa, expresso em linguagem binária, a algo próximo do seu código-fonte. Assim, não obstante estas informações tornarem possível a recriação do código-perdido e, nessa medida, a sua reprodução e transformação, a verdade é que, enquanto tais, não corresponderão, em princípio, a elementos protegidos dos programas de computador de cuja descompilação tenham sido obtidas.

Pelo que, apesar da virtualidade lesiva dos efeitos potenciais da descompilação, nem todas as situações de utilização das informações assim obtidas traduzir-se-ão em práticas de actos ilícitos em face dos direitos de autor. Vale isto por dizer que a utilização de tais informações, só por si, não constituirá um ilícito jurídico-autoral em sentido próprio. Assim sendo, a valoração de um tal acto como ilícito decorrerá, por via lateral ou reflexa, de ser considerado, *ex vi legis*, como causa adequada da produção de um resultado

jurídico-autoralmente ilícito. Nestas situações encontram-se os casos em que a utilização dessas informações é proibida para, por exemplo, o desenvolvimento de um programa substancialmente semelhante na sua expressão.

13. Assim, em nosso entender, estarão previstos na hipótese da norma da Directiva Programas de Computador, pela expressão “para outros fins”, desde logo, os casos de utilização de informações, obtidas por descompilação lícita das *interfaces* de um programa de computador, para efeitos de preparação de programas derivados funcionalmente equivalentes mas não semelhantes na sua forma de expressão. Nestes casos, não contemplados pelo nosso regime interno, a ilicitude da utilização das informações não decorre de ser considerada causa adequada à produção de resultados jurídico-autoralmente ilícitos, uma vez que o programa cujas *interfaces* foram licitamente descompiladas e o programa criado de modo independente não apresentam semelhanças substanciais quanto à sua forma de expressão. Nessa medida, não será susceptível de constituir, sequer, um ilícito jurídico-autoral em sentido impróprio, o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para a proibição de comunicação dessas informações a outrem, que, não obstante, o nosso regime interno já prevê. A justificação da ilicitude destes actos prende-se, em primeira linha, com razões de protecção da concorrência, não no sentido de a promover, mas antes de reprimir a sua deslealdade.

Por outras palavras, a promoção da livre concorrência não deverá produzir o efeito perverso de promover a sua deslealdade. Com efeito, se o legislador comunitário impõe, imperativamente, a faculdade de descompilação das *interfaces*, em excepção aos direitos exclusivos do titular do programa, em ordem a promover a interoperabilidade de sistemas informáticos e, nessa medida, a livre concorrência no mercado das tecnologias, seria contrário ao fim económico e social dessa faculdade o exercício que os concorrentes dela fizessem utilizando as informações obtidas para o desenvolvimento de programas de computador funcionalmente equivalentes ainda que de expressão não idêntica.

Dir-se-á, todavia, contra o que temos vindo a sustentar, que estaremos, ainda, perante um ilícito de natureza jurídico-autoral. Ilícito esse que resultará, portanto, de um exercício abusivo de uma faculdade legalmente atribuída. Acrescentar-se-á, depois, que, mesmo que a Directiva Programas de Computador não tivesse prescrito, expressamente, a proibição da utilização das informações “para outros fins”, mesmo assim, dizíamos, aqueles casos ainda constituiriam infracções ao direito de autor, ainda que de segundo grau, uma vez que a interpretação das regras atinentes à descompilação, atenta a sua natureza excepcional, deve ser

orientada pelo princípio do tratamento mais favorável ao interesse de participação nos resultados da exploração económica do programa de computador pelos titular dos respectivos direitos de autor. Princípio esse que estará consagrado no art. 6.º, 3, DPC: “De acordo com o disposto na Convenção de Berna para a protecção das Obras Literárias e Artísticas, as disposições do presente artigo não podem ser interpretadas no sentido de permitirem a sua aplicação de uma forma susceptível de lesar os legítimos interesses do titular de direitos ou que não se coadune com uma exploração normal do programa de computador”.

14. Somos, porém, de entender, que, para que um acto seja constitutivo de um ilícito jurídico-autoral é necessário que sejam violadas faculdades ou poderes compreendidos nos direitos de autor. Direitos esses, por seu turno, cuja atribuição depende da existência de um bem que satisfaça os requisitos de protecção. Pelo que, só poderá haver violação de faculdades compreendidas nos direitos de autor se houver um bem sobre o qual tais poderes sejam atribuídos.

O exclusivo de exploração económica de uma criação intelectual, como sejam os programas de computador, que caracteriza a dimensão patrimonial do direito de autor, é atribuído quanto à sua forma de expressão original. De igual modo, a tutela dos legítimos interesses do titular do direito, bem como da exploração normal do seu programa, opera em relação a actos protegidos pelos direitos de autor. A consagração deste critério interpretativo, que remete para a “regra dos três” constante do art. 9.º, 2, da Convenção de Berna (Acto de Paris 1971), significa que a descompilação é um caso especial, nos termos do qual os direitos exclusivos do titular estarão sujeitos a uma licença legal para determinados fins. E, embora os actos praticados ao abrigo dessa licença legal não possam prejudicar os legítimos interesses do titular dos direitos, bem como assim afectar a exploração normal da sua obra, a verdade é que estas condições não poderão ter por efeito atribuir ao titular dos direitos mais direitos do que aqueles que teria se não fosse a licença legal ou compulsiva.

Ora, segundo nos parece, o titular de um programa de computador não poderia obstar à comercialização de um programa concorrente com o argumento de que este teria sido desenvolvido a partir da utilização de informações obtidas por descompilação do seu programa. E não o poderia pela simples razão de que tais informações, de *per se*, não seriam protegidas pelos direitos de autor, podendo a outra parte sempre defender-se com o argumento de

já, mais ou menos declaradamente, formas de protecção vulgarmente chamadas *sui generis*,

que limitou-se à descompilação das *interfaces*, tendo utilizado as informações obtidas apenas para fins de interoperabilidade do seu programa criado de modo independente com o outro programa.

Ou seja, para os direitos de autor a utilização de tais informações seria irrelevante, não constituindo, por si só, um ilícito jurídico-autoral, uma vez que não poderia sequer ser valorada como causa adequada à produção de um tal resultado. Parece-nos, por isso, que a natureza dos interesses que justificam a exceção de descompilação para interoperabilidade aos direitos exclusivos são, *mutatis mutandis*, os mesmos que, agora, proíbem a utilização dessas informações “para outros fins”. E esses são, salvo melhor juízo, interesses da concorrência, apontando, agora, no sentido da proibição de certos actos, criando um direito especial sobre entes que estão para lá do objecto do direito de autor.

15. Idêntica conclusão resulta da análise, por contraposição, de dois outros grupos de casos previstos pelo legislador comunitário. Assim, por um lado, é prescrita a ilicitude da utilização das informações, não apenas para o desenvolvimento, produção ou comercialização de um programa semelhante na sua expressão, mas também “para qualquer outro acto que infrinja os direitos de autor” (1228). Por outro lado, é expressamente proibida a comunicação ou transmissão dessas informações a outrem, excepto quando for necessário para a interoperabilidade do programa criado independentemente (1229).

Ora, a nosso ver, no primeiro grupo de casos a ilicitude da utilização das informações é, ainda, capaz de justificação pelos direitos de autor, uma vez que é feita para actos que infringem direitos de autor. Tratar-se-á de um ilícito jurídico-autoral de segundo grau que encontra o seu fundamento na virtualidade lesiva dos seus efeitos potenciais, uma vez que esta forma proibida de utilização das informações, de *per se*, não infringe direitos de autor. Não obstante, estabelece uma forma de tutela lateral, a qual, se bem que informada também por interesses de concorrência, é, ainda, destinada a proteger os programas de computador enquanto objectos de direitos de autor.

No segundo grupo de casos, já o mesmo fundamento não colhe. A transmissão ou comunicação das informações a outrem, quando não necessárias para fins de interoperabilidade, só por si não consubstancia um ilícito jurídico-autoral, ainda que impróprio, uma vez que as faculdades compreendidas nos direitos de autor não são afectadas por tais actos, sequer pela

segundo uma lógica mais próxima dos direitos conexos. Não obstante, esta apreciação de

virtualidade lesiva dos seus efeitos potenciais. Isto é, estes actos não são valorados como causa adequada de produção de resultados ilícitos face aos direitos de autor, uma vez que estes não são previstos na hipótese como requisitos ou pressupostos da estatuição proibitiva da norma. Assim, parece esta norma tutelar, em primeira linha, interesses de concorrência, resultando a ilicitude de tais actos da sua valoração como desleais.

Será interessante referir que o nosso regime interno, não apenas não faz depender a (i)licitude da descompilação da protecção das *interfaces* pelos direitos de autor, mas proíbe, ainda, a comunicação a outrem das informações obtidas quando tal não for necessário para a interoperabilidade do programa criado independentemente. O que significa, *in extremis*, que o nosso regime interno, apesar da sua natureza análoga à protecção conferida às obras literárias, admite uma hipótese de ilicitude cujos pressupostos são de todo indiferentes

política legislativa não obsta a que, de *iure condito*, se reconheçam alguns pontos de desconexão entre a lei portuguesa do *software* e a directiva comunitária.

⁽¹²²⁷⁾ Este resultado era já proposto antes mesmo da directiva (v. Lehmann, *Richtlinie*, p. 23-4, n. 90, com mais referências).

⁽¹²²⁸⁾ Art. 6.º, 2-c, DPC, art. 7.º, 4-a e 5, RPC.

⁽¹²²⁹⁾ Art. 6.º, 2-b, DPC, art. 7.º, 5, RPC.

⁽¹²³⁰⁾ Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, p. 295. Poder-se-ia falar, aqui, num delito de perigo (v. Antunes Varela, *Das Obrigações*, p. 544, referindo os delitos de “perigo de dano, em concreto” no quadro da segunda modalidade da ilicitude ao nível dos pressupostos de responsabilidade civil). Tratar-se-ia de um delito de perigo abstracto, uma vez que a norma proibidora não identifica o bem jurídico que se destina a proteger.

Isso significa que não se tratará de um “crime de mera actividade”. Esta figura foi proposta entre nós com especial significado no domínio da concorrência desleal. Partindo da autonomia do regime da concorrência desleal em relação aos direitos de propriedade industrial, propõe o Prof. Oliveira Ascensão que se enquadre o delito de concorrência desleal como um crime de mera actividade (cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p. 240). Na verdade, entendendo que “não há maneira de encontrar a coisa incorpórea que esteja na base da concorrência desleal”, sustenta o Prof. Oliveira Ascensão que a concorrência desleal respeita à actividade das empresas; é quando se regula a actividade destas que nos surge a necessidade de reprimir, sendo que, a seu ver, o desvalor da acção é suficiente para a reacção legal: por isso, o crime de concorrência desleal não seria um crime de perigo, mesmo abstracto (cfr. Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p. 45, 54-5, 78). Para enquadrar estes delitos, propõe uma outra categoria: “Mas supomos que há que acrescentar uma terceira categoria, em que não será necessário comprovar o perigo concreto nem o perigo abstracto. O perigo terá servido de fundamento político-legislativo daquela regra, mas uma vez a regra instituída funciona sem que seja necessário verificar se o facto típico é, mesmo em abstracto, idóneo para a produção de danos. A abstracção é então máxima: basta que se integre na categoria de factos descrita, sem necessidade de

aos direitos de autor, a saber: a comunicação a outrem de informações obtidas mediante descompilação de *interfaces* não protegidas, quando não sejam necessárias para a interoperabilidade do programa criado de modo independente. Esta solução não é prevista pela Directiva Programas de Computador, na qual a ilicitude da comunicação das informações a outrem pressupõe a sua obtenção por descompilação nos referidos termos, exigindo-se, portanto, a protecção das *interfaces*.

Por esta razão, isto é, por serem as *interfaces* protegidas e, nessa medida, por estabelecerem as regras da descompilação uma excepção aos direitos exclusivos do titular, a comunicação a outrem das informações obtidas, excepto para fins de interoperabilidade, é valorada como ilícita. Ilicitude esta que não resulta da valoração destes actos como causa adequada à prática de ilícitos autorais, mas antes, a nosso ver, por referência a interesses da concorrência. Tratando-se de utilização abusiva de uma faculdade justificada por interesses da concorrência é nesses mesmos interesses que se colher fundamento para esta forma de ilicitude. Na verdade, esses interesses são susceptíveis de apontar, tanto no sentido da promoção da livre concorrência no mercado, como da repressão da sua deslealdade, em ordem a tutelar elementos essenciais dos seus agentes, *maxime*, nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão, os “segredos de empresa” (1230).

16. Em contraposição com este grupo de casos referimos outras situações em que a ilicitude decorre da utilização das informações para a prática de “qualquer outro acto que infrinja os direitos de autor”. Interessa apurar, exemplificativamente, alguns casos susceptíveis de integrar esta hipótese.

nenhuma violação.” (Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, p. 21).

Não obstante, esta proposta é problemática, deparando com o “paradigma da ofensividade” da dogmática jurídico-penal. Nas palavras do Prof. Faria Costa: “O intérprete, perante um caso de ‘imediate’ enquadramento na dogmática dos crimes de perigo abstracto, tem de, apelando à hermeneia, repensar o tipo perscrutando o seu interior, no sentido de o avaliar em função do princípio da ofensividade. Por outras palavras: não basta o legislador definir com exactidão a conduta ou condutas proibidas, é preciso ainda e sempre, através da categoria de mediação do cuidado-de-perigo, ver se aquela conduta proibida visa proteger, se bem que por meio da mais avançada das defesas jurídico-constitucionalmente permitidas, um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional ou, talvez ainda de maneira mais rigorosa, um bem jurídico-penal.” (Faria Costa, *O perigo*, p. 646).

Ora, seria descabido tratar aqui desta problemática. Mas é justamente por nos inclinarmos para esta última linha que, tal como na concorrência desleal há ainda bens jurí-

Trataremos, em especial, daqueles casos em que as informações obtidas mediante descompilação permitem não apenas a correcção de erros mas também a “transformação” do programa, seja através da preparação de versões actualizadas, seja através da sua adaptação a necessidades específicas de utilizadores.

Como vimos, a descompilação afecta, essencialmente, dois direitos de natureza económica (art. 4.º-*a/b*). Primeiro, a reprodução permanente ou transitória de um programa de computador, seja por que meio for, e independentemente da forma de que se revestir, no todo ou em parte. Segundo, a tradução, adaptação, ajustamentos ou outras modificações do programa e a reprodução dos respectivos resultados. Assim, o direito de praticar ou autorizar estes actos é reservado em exclusivo ao titular do programa relativamente à sua forma de expressão original.

Por outro lado, como vimos, a utilização das informações obtidas mediante descompilação é susceptível de afectar estes direitos e de, nessa medida, constituir um ilícito jurídico-autoral em sentido impróprio. Acresce que a excepção de descompilação não permite as operações de reprodução e de tradução senão para a obtenção de informações necessárias à interoperabilidade de um programa criado de modo independente com outros programas. E, não obstante, trata-se de uma operação que permite recriar o código perdido e corrigir os erros do programa, adaptá-lo a necessidades específicas dos utilizadores e, ainda, criar versões actualizadas.

Então a pergunta é: na medida em que na sua prática sejam utilizadas informações obtidas mediante descompilação constituirão estes actos infracções aos direitos de autor? Sendo que, como se diz, “a descompilação apenas e exclusivamente para fins de manutenção de um programa não é permitida pela directiva. Com consideração ao jogo conjunto dos arts. 5.º e 6.º fica aberto que acções de manutenção e adaptação podem ser realizadas por cada utilizador legítimo” (1231). Não vamos exaurir o problema, mas sempre poderemos analisar alguns casos.

No que respeita à criação de versões actualizadas, é entendimento geral que a ilicitude de tais actos é patente, ainda que possa revestir duas formas distintas. Se a forma de expressão da versão actualizada do programa for idêntica ou substancialmente semelhante à do programa descompilado, a utilização dessas informações constituirá um delito jurídico-autoral *proprio sensu*, uma vez que é feita para a prática de um acto que infringe direitos de autor. Isto é, a ilicitude jurídico-autoral da utilização das informações será, nesse caso, justificada

enquanto causa adequada da produção de um resultado de ilicitude jurídico-autoral *proprio sensu*. Se, pelo contrário, este resultado não se verificar, então a utilização das informações será proibida, pelo simples facto, de ser feita “para outros fins”. Ou seja, tratar-se-á, agora, de uma forma *sui generis* de ilicitude, cujo fundamento, a nosso ver, decorre, em primeira linha, da valoração de interesses de concorrência, no sentido da repressão da sua deslealdade, concedendo uma forma especial de protecção dos segredos de programação informática.

Nos casos em que as informações são utilizadas para a correcção de erros, a solução já depende, porém, em parte, da consideração de um outro problema. Problema este que diz respeito à protecção do utente legítimo de programas de computador, ao qual são garantidos certas faculdades ou direitos mínimos de utilização, que integram, imperativamente, toda e qualquer licença de utilização concedida pelo titular dos direitos sobre o programa.

Em suma, essas faculdades abrangem: 1.^a as acções de carregamento e funcionamento necessárias à utilização de uma cópia do programa, bem como a acção de correcção dos respectivos erros; 2.^a a execução de uma cópia de apoio na medida em tal seja necessário para a sua utilização; 3.^a os actos necessários de observação, estudo ou teste do funcionamento do programa; 4.^a a própria descompilação do programa para fins de interoperabilidade. Estas faculdades ou direitos integram imperativamente o âmbito mínimo de qualquer licença de utilização do programa concedida pelo titular dos direitos, uma vez que, em termos gerais, quaisquer disposições contratuais contrárias são, nos termos do art. 9.º, 1, 2.^a parte DPC, “consideradas nulas”.

17. Interessa-nos, principalmente, a primeira das referidas faculdades mínimas dos utentes que não se encontra expressamente salvaguardada na letra das disposições da Directiva Programas de Computador. O que se dispõe, no art. 5.º, 1, é o seguinte: “Salvo disposições contratuais específicas em contrário, os actos previstos nas als. *a*) e *b*) do art. 4.º não se encontram sujeitos à autorização do titular sempre que sejam necessários para a utilização do programa de computador pelo seu legítimo adquirente de acordo com o fim a que esse programa se destina, bem como para a correcção de erros”.

Assim, interpretada literalmente esta norma, aquele que lícitamente adquirisse uma cópia do programa, estaria sujeito, como vimos, a não a poder

o Prof. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, I, p. 245 s.), salvo melhor juízo, a proibição da utilização para outros fins de informações obtidas mediante descompilação de

utilizar, uma vez que se admitem disposições contratuas específicas em contrário. É necessário, por isso, interpretar esta norma em conformidade com

programas de computador parece configurar-se como um delito de perigo abstracto, sendo que o bem que visa proteger é, justamente, uma espécie de “segredo de empresa”: os segredos dos programadores informáticos que são também neste domínio, como sabiamente se diz, a “alma do negócio”.

(¹²³¹) Lehmann, *Die Richtlinie*, p. 18.

(¹²³²) Relativamente às licenças de distribuição (em sentido amplo) do programa, dispõe o art. 5.º, 1, DPC, que, na ausência de cláusulas contratuais específicas, o ‘legítimo adquirente’ poderá praticar todos os actos previstos nas als. *a)* (reprodução) e *b)* (tradução e adaptação) do art. 4.º, quando sejam necessários para a utilização do programa de computador de acordo com o fim a que esse programa se destina, bem como para a correcção de erros. Ou seja, o critério para se aferir da licitude dos actos praticados pelo seu ‘adquirente legítimo’ é a sua necessidade para a utilização do programa de acordo com o fim a que se destina esse programa. Como vimos, este critério parece algo fluído, parecendo tratar-se de uma regra geral destinado às diversas constelações de licenças de utilização do programa que emergem na prática negocial, em termos semelhantes ao que doutrina alemã designa princípio da cedência funcional (*Zweckübertragungsgrundsatz*). Neste sentido, o âmbito necessário de utilização será diferente consoante os fins visados pelas partes. Se a licença se enquadrar num acordo com fins de “edição” de cópias do programa, então o seu âmbito necessário de utilização será diferente daqueloutro em que a licença tenha apenas por fim a distribuição de cópias do programa.

Contudo, importa realçar que esta norma se dirige, em primeira linha, à utilização do programa e não de uma sua cópia, ou seja, aos acordos em que o titular do direito permite a outrem participar no monopólio de exploração económica intermediária, que a sua qualidade lhe reserva em exclusivo. Trata-se, por isso, de uma norma dispositiva. Já imperativa é, como vimos, aquela ‘disposição’ que consta do considerando 17, destinando-se a garantir a protecção do utente legítimo, ou seja, do utilizador final de uma cópia do programa. Este, tendo ‘adquirido’ licitamente uma cópia do programa, não pode ser proibido de praticar as acções de carregamento e funcionamento necessárias à utilização dessa cópia, bem como a acção de correcção dos respectivos erros. Ora, o art. 5.º, 1, não se refere à utilização de uma cópia do programa, mas do próprio programa. Estão, pois, em causa as licenças de utilização do programa para fins de exploração económica mercantil, isto é, as diversas licenças pelas quais o titular dos direitos autoriza outrem a participar no exclusivo de exploração económica intermediária do programa. Para estas mesmas licenças, o critério supletivo de determinação das faculdades ou actos que hão-de integrar, em concreto, o seu âmbito de utilização, é, como aí se dispõe, a necessidade de tais actos, quer para a utilização do programa pelo seu legítimo ‘adquirente’ de acordo com o fim a que esse programa se destina, quer para a correcção de erros.

Por outro lado, a última parte do art. 5.º, 1, DPC parece ter um alcance mais vasto, e tem a ver com o problema de saber se a correcção de erros do programa poderá ser praticada por qualquer pessoa, ainda que, para o efeito, não tenha obtido uma licença de utilização do titular dos direitos. Já antes tínhamos levantado o problema,

o preâmbulo. Aí se lê, que o legislador comunitário entendeu “que os direitos exclusivos do autor para impedir a reprodução não autorizada da obra devem ser sujeitos a uma excepção limitada no caso de se tratar de um programa de computador, de forma a permitir a reprodução tecnicamente necessária para a utilização daquele programa pelo seu adquirente legítimo; [e] que tal significa que as acções de carregamento e funcionamento necessárias à utilização de uma cópia de um programa legalmente adquirido, incluindo a acção de correcção dos respectivos erros, não podem ser proibidas pelo contrato” (cons. 17).

O que vale por dizer que aquelas disposições contratuais específicas deparam com um limite inultrapassável, qual seja: o direito que ao utente legítimo assiste de praticar aquela reprodução tecnicamente necessária para a utilização de uma cópia do programa, e para a correcção dos respectivos erros. É um direito mínimo garantido ao utente legítimo, impondo limitações à liberdade contratual do titular dos direitos relativos ao programa. Por outro lado, acrescenta ainda o legislador comunitário, “que, na ausência de cláusulas contratuais específicas, nomeadamente quando uma cópia do programa tenha sido vendida, qualquer outra acção [para além das acções de carregamento, funcionamento e correcção de erros] necessária à utilização de uma cópia de um

pronunciando-nos no sentido de que a *ratio* desta norma estaria em, “*ao conceder uma faculdade de correcção de erros mesmo a pessoas que não tivessem obtido qualquer autorização de utilização do programa pelo respectivo titular de direitos, o legislador comunitário teria querido proteger e promover a livre concorrência neste sector, em especial no florescente mercado ‘paralelo’ dos serviços de manutenção e assistência*” (*Contratos de ‘software’,* p. 87). Com efeito, os actos de reprodução, tradução e adaptação do programa poderão ser praticados por qualquer pessoa desde que necessários para a correcção de erros. O alcance da expressão “Salvo disposição em contrário”, será aqui mais restrito, porquanto a licitude de tais actos não carecerá de autorização do titular dos direitos. De outro modo, como aponta a doutrina, *inter alia*, a correcção de erros poderia ficar dependente de autorização (cfr. Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, p. 346). Assim não poderá este proibir a prática desses actos a outros operadores no mercado dos serviços de assistência e de manutenção de programas, com os quais não tinha qualquer vínculo negocial. A corroborar esta tese acrescenta-se, ainda, que como o titular dos direitos não pode proibir ao ‘adquirente’ de uma cópia do programa a acção de correcção dos respectivos erros, o alcance da parte final do art. 5.º, 1, será justamente permitir que o ‘adquirente’ da cópia não fique vinculado, para efeitos de correcção de erros, a um serviço de manutenção e assistência autorizado pelo titular dos direitos, podendo antes recorrer a quaisquer outros operadores neste mercado paralelo. Estes poderão praticar os actos necessários à correcção de erros daquelas cópias, sem que para o efeito careçam de licença do titular dos direitos sobre o programa. Tratar-se-á, esta faculdade, verdadeiramente de uma das “excepções aos actos sujeitos a autorização”, como refere a epígrafe do art. 5.º, que encontra justificação,

programa poderá ser realizada de acordo com o fim a que se destina pelo adquirente legal dessa mesma cópia" (cons. 17, 2.^a parte) (1232).

Ora, constituindo a descompilação uma via de obtenção de informações que podem ser utilizadas para a correcção de erros dos programas, pergunta-se se poderá ser praticada pelo seu utente legítimo ou “em sem nome por pessoa devidamente autorizada para o efeito”. *Prima facie*, a descompilação seria lícita bem como a utilização das informações assim obtidas, na medida em que a correcção de erros fosse necessária à interoperabilidade do programa, uma vez que esta abrange “todas as formas de funcionamento previstas” (cons. 10, *in fine*). Nessa medida, a utilização das informações não teria sido feita, nem para um acto infractor dos direitos de autor, nem para outros fins.

Com efeito, os erros do programa poderão impedir “formas de funcionamento previstas” e, por isso, a sua interoperabilidade, justificando-se, portanto, a sua correcção através da utilização das informações obtidas por descompilação. Não obstante, a letra da lei parece excluir este sentido, não permitindo, nessa medida, tal resultado interpretativo, porque condiciona a licitude da descompilação à prossecução da interoperabilidade de um programa criado independentemente (art. 6.º, 1 e 2-*a/b*, DPC; ou, pelo menos, segundo a lei interna, não permite a utilização dessas informações senão para esse fim, art. 7.º, 4, RPC).

Mas, a ser assim, as regras da descompilação terão por efeito limitar os direitos do utente legítimo, na medida em que não lhe permitirão a prática de actos de reprodução e transformação do programa para a correcção dos seus erros, ainda que estes obstem à sua interoperabilidade, se tais actos envolverem a descompilação das *interfaces* do programa. Por outras palavras, apesar de o art. 5.º, 1, interpretado à luz do cons. 17, garantir ao utente legítimo a faculdade mínima de corrigir os erros do programa através dos actos previstos nas als. *a)* e *b)* do art. 4.º da Directiva Programas de Computador, a prática desses actos já seria proibida quando envolvesse a descompilação do programa. Acresceria a isto que, mesmo que o programa tivesse sido descompilado com vista à obtenção de informações necessárias à interoperabilidade do programa criado independentemente, mesmo assim, tais informações não poderiam ser utilizadas para corrigir os erros do programa descompilado a fim de garantir, agora, a sua interoperabilidade com esse programa criado independentemente, uma vez que estar-se-ia a fazer uma utilização de tais informações “para outros fins”.

Parece-nos, no entanto, que este resultado é susceptível de conflitar com o imperativo da interoperabilidade que informa as regras da descompilação. Se é admitida a descompilação para obter informações cuja utilização é

necessária à interoperabilidade de um programa criado de modo independente, por maioria de razão, também o deverá ser, em nosso entender, quando permita a correção de erros de um programa necessária à sua própria interoperabilidade.

Na verdade, a promoção da livre concorrência não deverá resultar numa restrição dos direitos dos utentes legítimos de programas de computador. Pelo que, salvo melhor entendimento, na medida em que a correção de erros dos programas permita a sua interoperabilidade, deverá tal operação poder ser praticada através da utilização de informações obtidas por descompilação desse programa.

Assim, a descompilação deverá ser permitida para a correção de erros dos programas, na medida em que tal permita a sua interoperabilidade. A importância deste resultado é, desde logo, a seguinte: a comercialização de dispositivos de supressão ou neutralização de sistemas técnicos de protecção de programas de computador contra descompilação não estará, então, sujeita à sanção da sua possível apreensão. O que é tanto mais importante, na medida em que o titular da licença de utilização do programa poderá adquirir no mercado um tal dispositivo para corrigir os erros, não precisando de recorrer a “uma pessoa devidamente autorizada para o efeito”, em princípio, um distribuidor do titular do programa.

18. Por último, referimos, ainda, um grupo de casos caracterizados pela utilização das informações para a prática de actos de adaptação do programa descompilado a necessidades específicas do utente. A resposta dependerá dos termos da adaptação realizada, ou seja, das necessidades específicas do utente.

Em primeiro lugar, se em causa estiver apenas uma adaptação que se limite a permitir a interoperabilidade desse programa com o sistema informático do utente, inclinamo-nos para que as considerações expostas em sede de correção de erros valham, também, *mutatis mutandis*, para estas situações. O que, apesar do teor literal da norma, se justificará no quadro de uma interpretação teleológica das regras da descompilação. Isto significa, porém, que é subtraída ao titular dos direitos a faculdade de estipular nas licenças contratuais cláusulas contrárias a esse fim. Este resultado, se bem que não esteja expressamente previsto na hipótese do art. 5.º, 1, nem seja considerado no preâmbulo, é justificado pelo imperativo da interoperabilidade e, ainda, pelos direitos do utente legítimo, uma vez que permite-lhe utilizar o programa de acordo com o fim a que esse programa se destina.

Em segundo lugar, se as necessidades específicas do utente exigirem uma adaptação do programa que não se limite a permitir a sua interoperabilidade com o sistema informático do utente, mas que envolva já a própria



transformação do programa, então, a menos que o contrato o permita, parece-nos que estaremos já perante uma situação de ilicitude. Ilicitude esta que decorre de a utilização das informações produzir um resultado de identidade ou semelhança substancial das formas de expressão e/ou, ainda, de se tratar de uma utilização “para outros fins”. A primeira forma de ilicitude referida consistirá num delito jurídico-autoral em sentido impróprio: a utilização das informações é proibida, não de per si, mas por ser valorada como causa adequada da produção de ilícitos jurídico-autorais *proprio sensu*. A segunda forma de ilicitude consistirá num delito *sui generis*: para aplicação da estatuição proibitiva não é pressuposto, como elemento da hipótese, a produção de um resultado ilícito. Pelo que, a comercialização de dispositivos que permitam a descompilação do programa para estes fins já será, a nosso ver, passível de ser sancionada mediante a apreensão desses dispositivos.

Coimbra Editora

CONCLUSÃO

§ 56. A Propriedade Tecnodigital

“... there is an inherent logic to using the Internet to buy and sell intangible products that need never be more than digital "bits." At the same time, however, there is a commensurate need for effective intellectual property protection that can address the international dimensions of this commerce. [...] This commerce in intangible products raises a number of issues for intellectual property, in addition to those that would arise in respect of physical goods. For example, there is a growing role to be played by technological measures in protecting the rights of intellectual property owners.”

*Premier on Electronic Commerce and
Intellectual Property Rights*

WIPO, Geneva, May 2000

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



§ 56. A PROPRIEDADE TECNODIGITAL

1. O propósito que animou esta dissertação foi procurar compreender o sentido da evolução do instituto do direito de autor no seu processo de adaptação ao novo paradigma da tecnologia digital dos sistemas informáticos, *maxime* em rede (WWW).

Do relato da crónica de uma metamorfose anunciada tirámos que o processo já conhece fase adiantada, sendo de destacar os Tratados OMPI e, na sua sequência, a Proposta de Directiva sobre certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação. Constatámos, de igual modo, que as novas regras do direito de autor estão em consonância com a lógica típica dos serviços de acesso condicional, num quadro de convergência tecnológica e de promoção do comércio electrónico.

Por outro lado, vimos que a Proposta apresenta uma concepção do direito de autor como direito de propriedade, inscrevendo-se num já amplo, ainda que fragmentário, acervo comunitário em matéria de direito de autor e direitos conexos. Perguntámos, depois, se essa concepção estaria já presente nestas outras medidas, sobretudo nas que contendem mais directamente com a informática: as directivas sobre programas de computador e bases de dados.

Mas, porque as medidas de harmonização devem respeitar as tradições nacionais, fizemos uma breve análise da dicotomia entre a concepção de *droit d'auteur* dos países de *Civil Law* e a concepção de *copyright* dos sistemas de *Common Law*. Verificámos que, em pontos não despiciendos, se verificam algumas diferenças, se bem que a harmonização comunitária tenha gerado um encurtamento da distância entre estes dois modelos tradicionais, aproximando-os gradualmente. Sendo que estes dois modelos co-existem de há uma década a esta parte no seio da Convenção de Berna (Acto de Paris 1971).

Depois, procurámos saber se a concepção proposta poderia ser acolhida

entre nós. À semelhança do direito comparado, também entre nós não há consenso na doutrina em torno da *vexata quaestio* da natureza jurídica do direito de autor, contrapondo-se, no essencial, a teoria da propriedade à teoria do monopólio. Neste quadro doutrinal, procurámos explorar alguns argumentos hermenêuticos. Vimos que a propriedade intelectual foi consagrada no Código Civil, antes mesmo da instituição da OMPI.

Além disso, revimos o conceito de coisa, perguntando pela sua incorporalidade, e recuperámos o princípio de que uma coisa pode ser objecto de direitos de diversa natureza. Sendo que as obras literárias e artísticas disso mesmo fazem prova. Nesta linha, interrogámos o *topos* sistemático dos direitos conexos e concluímos que poderiam ser juntos ao direito de autor enquanto veículos da divulgação cultural. Fomos mais longe e sugerimos um enquadramento dos direitos de propriedade intelectual. Extravasaríamos do âmbito deste trabalho dissertar exaustivamente sobre a propriedade intelectual, pois que nos interessava, em primeira linha, a reacção do direito de autor às novas tecnologias.

Não obstante — *et pour cause* —, este processo de adaptação de um instituto jurídico tradicional ao novo paradigma tecnológico parece apontar no sentido da tendencial aproximação das figuras que tradicionalmente compõem o dualismo de oitocentos, o direito de autor e a propriedade industrial. Além disso, constatámos que se assiste à “apropriação do direito de autor pela empresa”. Perguntámos à doutrina pelo significado deste termo, empresa, e concluímos que, na verdade, a informática põe em jogo os chamados “segredos de empresa”; pelo que, neste domínio, verificar-se-á justamente aquela apropriação.

2. Dando mais um passo, fizemos uma breve análise das regras positivas do nosso direito de autor, em ordem a saber se fornece respostas aos problemas da informática. A conclusão foi negativa em termos de o Código actual não ter sido feito para abranger este meio técnico. Embora, intencionalmente, o legislador possa ter querido abrir o Código às realidades tecnológicas vindouras, a verdade é que a regulamentação positiva não oferece coerência e sistematicidade bastantes para resolver os novos problemas. Isso mesmo, aliás, foi reconhecido pelo próprio legislador, por ocasião da transposição de uma directiva comunitária.

Para compreender toda esta problemática, abrimos o *corpus iuris*, começando por caracterizar brevemente os direitos conexos. Depois, descodificámos os princípios tradicionais que informam este instituto, ao nível do sujeito (criador), do objecto (obras literárias e artísticas) e do conteúdo do

direito de autor (direito moral e direito patrimonial) e dos seus limites. Fizemos, ainda, uma breve referência aos princípios da temporalidade e da territorialidade, bem como ao problema da gestão (colectiva) do direito de autor.

Seguidamente, procurámos compreender os desafios que se colocam ao código caracterizador do instituto. Neste processo de digitalização do direito de autor vimos que a obra tende a reduzir-se a meras sequências numéricas de dígitos. Além disso, proliferam as criações artificiais, em que os computadores substituem o homem em actividades criativas. Em terceiro lugar, no mercado virtual e interactivo da Internet a distribuição opera-se sem base nos exemplares corpóreos tradicionais, além de afectar a dicotomia tradicional público/privado. E, no mesmo passo, constatámos que a máxima que tende a prevalecer é o *dictum* “a resposta para a máquina está na máquina”.

Na verdade, o papel, as fitas magnéticas tradicionais e o restante arsenal do paradigma da tecnologia analógica é substituído por envelopes criptográficos, em que a utilização da obra fica dependente de uma chave de acesso. E, com isto, fala-se num direito tecnológico, baseado numa lógica de controlo de acesso. A fazer prova disso mesmo aí estão os novos serviços de acesso condicional, destacando-se o “cinema em casa” e o pagamento por sessão.

3. Mas, como tínhamos apontado, era nosso propósito saber em que termos a propriedade do legislador comunitário foi configurada nas directivas e na proposta. Analisámos as regras positivas e concluímos que, em ambos os casos, foram instituídos regimes dualistas de protecção. Nas bases de dados, expressamente, com o chamado direito *sui generis* a favor do produtor. Nos programas de computador, indirectamente, através do direito de autor, ainda que este regime acabe por se traduzir, na realidade, numa forma de protecção de segredos de programação das empresas informáticas. Todavia, ao mesmo tempo, reveste transcendente importância, ao permitir a descompilação, quer no que respeita à interoperabilidade de programas, quer ainda, a nosso ver, no que respeita à interoperabilidade de dados.

Mas, se estas regras de descompilação pouco ou nada têm a ver com o direito de autor tradicional, acrescentem-lhe outras formas de domínio que parecem converter o direito de autor num mero custo de produção de bases de dados, e num “a propósito” do admirável direito tecnológico em gestação. Assim é, por um lado, com o chamado direito *sui generis* do produtor de bases de dados, e, por outro, com a anunciada generalização da tutela jurídica dos sistemas técnicos de protecção e de identificação.

4. Resumindo e concluindo, a propriedade do legislador comunitário

designamo-la nós por *propriedade tecnodigital*. A propriedade tecnodigital significa uma forma jurídica de domínio tecnológico sobre informação digital. Esta designação exprime adequadamente, a nosso ver, o resultado do processo de adaptação do direito de autor ao ambiente digital, segundo o traço que o legislador comunitário tem imprimido a este instituto, na linha, essencialmente, do histórico Livro Verde 1988.

A propriedade tecnodigital está associada a uma ideia de reforço do direito de autor (e dos direitos conexos) no ambiente tecnológico digital, *maxime* no que respeita aos sistemas informáticos em rede (WWW). Este reforço afecta os limites tradicionais do direito de autor, como sejam a privacidade dos utilizadores, o livre fluxo de informação, as actividades científicas de ensino e investigação, e a preservação da memória cultural em arquivos.

A lógica que subjaz a esta propriedade orienta-se deliberadamente por razões de disciplina do mercado da informação e por razões de protecção dos interesses das chamadas “indústrias do direito de autor”. As regras da descompilação de programas de computador, o direito *sui generis* dos produtores de bases de dados electrónicas e a tutela jurídica dos sistemas técnicos de protecção e identificação imprimem ao direito de autor novas feições.

O tempo o confirmará, mas actualmente são já bem visíveis os novos contornos do direito de autor. A análise do caso relativo à apreensão de dispositivos de contornamento ou supressão de sistemas técnicos de protecção de programas de computador é feita num quadro em que o direito de autor (não obstante “anómalo” entre nós) é o direito de propriedade intelectual que protege os bens em jogo: textos e segredos de programação informática. Nele se desvela um regime de condicionamento do acesso e utilização de informação. Os princípios que o informam parecem projectar-se, agora, em todo o ambiente digital de utilização de obras protegidas pelo direito de autor, em razão do direito *sui generis* para as bases de dados e dos sistemas técnicos de protecção e identificação.

Mas, perderá o direito de autor a sua razão de ser? Permitindo a tecnologia controlar todas as utilizações da obra, ao direito de autor parece, na realidade, estar reservado um papel justificativo desta admirável propriedade tecnodigital. Só que o direito de autor não se esgota numa lógica de exclusão, pois que o informam também fins comunitários de interesse geral.

Primeiro: se o fundamento desta propriedade tecnodigital é o direito de autor, então, segundo uma lógica tradicional, não deverá ser proibida a leitura, o visionamento e a audição de obras protegidas pelo direito de autor colocadas à disposição do público, nem a partilha de informação entre os utilizadores das

obras;

Segundo: se o direito de autor pode justificar a tapagem do acesso às obras através de dispositivos técnicos (os “envelopes criptográficos”), então, de igual modo, deverá impôr a exigência de tecnologias de anonimato que salvaguardem a liberdade de expressão e a privacidade dos utilizadores;

Terceiro: se a propósito do direito de autor se instituem direitos legais de exclusivo em relação à produção e distribuição de informação, então, de igual modo, deverá ser garantido o acesso público a essa informação, e assegurada a existência de um domínio público não remunerado do qual seja livre extrair conteúdos informativos;

Quarto: se o direito de autor justifica a utilização de sistemas tecnológicos de protecção e identificação, então deverá garantir também o não contornamento dos fins de interesse geral que o instituto tradicionalmente prossegue, quer esse contornamento se faça por via de limitações contratuais aos direitos dos utilizadores, quer através desses mesmos sistemas técnicos de protecção.

Numa palavra, *a propriedade tecnodigital para ser um autêntico direito de propriedade, dever-se-á moldar segundo uma adequada compreensão do sentido e limites do direito de autor, e não, apenas, segundo as possibilidades da técnica e os interesses das indústrias da informação.* Claro que, no meio de tudo isto essa “criação enigmática” do legislador comunitário, que é o direito do produtor de bases de dados, poderá ter já comprometido tudo o que para o futuro se escreva sobre direito de autor. Na verdade, ao invés de o direito do produtor de bases de dados ser um direito conexo ao direito de autor, poderá suceder o inverso, tornando-se o direito de autor num mero direito conexo (juntamente, por ex., com o direito relativo a dados pessoais) ao direito do produtor de bases de dados ⁽¹²³³⁾. Principalmente se tivermos em conta que se deve cada vez mais aos próprios computadores a produção de dados, em especial as chamadas “obras” geradas por computador.

5. Para terminar, em harmonia com a linha traçada na Introdução, não foi propósito desta dissertação, nem escrever um elogio à natureza mutante do direito de autor, nem compor-lhe um *requiem* no ambiente digital, *maxime* em

⁽¹²³³⁾ Neste sentido, José de Oliveira Ascensão, *Telecomunicações e Direito de Autor*, p. 202 (“o criador fica na sombra.”), e, sobretudo, mais recentemente, *O Direito de Autor no Ciberespaço*, p. 98 (“é o produtor, agora, quem ocupa directamente o primeiro plano. / E como tanto faz que haja ou não obras protegidas, ... temos de reconhecer que, em tudo isto, não só o autor se apaga: apaga-se também o próprio direito de autor”).

rede. Procurámos apenas fazer uma análise dos regimes jurídicos instituídos e propostos no processo de adaptação do direito de autor aos problemas da informática. De um modo geral, assiste-se à instituição de novos direitos e à introdução de regras de protecção preventiva, no quadro das vantagens e desvantagens trazidas pelo novo paradigma tecnológico, imprimindo uma nova fisionomia ao direito de autor.

O legislador nacional já reconheceu a necessidade de proceder à profunda revisão do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Seria bom que essa anunciada revisão não tardasse. A jurisprudência será confrontada com estas questões e deverá dispor de um instrumento normativo que lhe permita responder adequadamente a este “novo mundo do direito de autor” (1234). Da nossa parte, seguindo a melhor orientação doutrinal, estudámos nesta dissertação os principais problemas que a informática coloca ao direito de autor, em especial no ambiente digital em rede, e indicámos possíveis vias de solução para esses problemas, tendo em conta os instrumentos internacionais, os trabalhos comunitários e diversas experiências de direito comparado. Não obstante, trata-se, apenas, de um contributo de investigação que, apesar de poder servir eventualmente de auxiliar informativo e de proposta de modelo nessas tarefas decisórias em sede legislativa e jurisprudencial, se norteia, em primeira linha, por razões de ordem científica, pois que não somos confrontados com um imediato decidir que não seja terminar esta dissertação (*).

AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

(1234) Nesta ordem de preocupações, exprimindo “o voto de que os nossos tribunais, quando vierem a ser chamados a pronunciar-se sobre questões relacionadas com as telecomunicações no contexto digital, saibam corresponder aos desafios lançados pelas novas tecnologias e se não immobilizem em posições retrógradas”, Luiz Francisco Rebello, *Telecomunicações e Direito de Autor*, p. 220.

(*) A dissertação foi concluída em Outubro de 1998; entretanto, os trabalhos de publicação permitiram-nos introduzir, pontualmente, algumas notas de actualização legislativa e doutrinal.



BIBLIOGRAFIA

AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

1. Monografias e Colectâneas

AB VNO AD OMNES, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ABC do Direito de Autor, Lisboa: UNESCO, 1984.

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, I, Coimbra: Almedina, 1998.

—, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Coimbra: Almedina, 1996.

Adams, John, *Merchandising Intellectual Property*, London: Butterworths, 1987.

Adrian, Johann (Hrsg.), *Erstreckungsgesetz und Schutz des geistigen Eigentums: Recheinheit im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht nach der deutschen Einigung*, Berlin: Berlin Verlag, 1992.

Agency for Cultural Affairs, *Copyright System of Japan*, CRIC: Tokyo, 1998.

Alejandro, Javier Ribas, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Pamplona: Aranzadi, 1999.

Alarcão, Rui de, *Direito das Obrigações*, Coimbra: polic., 1983.

Alces, Peter A. / See, Harold F., *The Commercial Law of Intellectual Property*, Boston: Brown, 1994.

Alder, Daniel, *Urheberpersönlichkeits- und Persönlichkeitsrechte auf dem Information Highway*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 331.

Almeida, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

Almeida, J. C. Moitinho, *Direito Comunitário*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1985.

Almeida-Rocha, Margarida, *Rapport Portugais*, in Roussel (ed.), *Protection des auteurs et artistes interprètes par contrat*, p. 282.

—, *Novas Tecnologias de Comunicação e Direito de Autor*, Lisboa: SPA, 1986.

Alpa, Guido (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Milano: Giuffrè, 1984.

—, *I contratti di utilizzazione del computer*, Milano: Giuffrè, 1984.

Alpa, Guido / Bessone, Mario (a cura di), *Banche dati telematica e diritti della persona*, Padova: Cedam, 1984.

Alpa, Guido / Zeno-Zencovich, Vincenzo (a cura di), *I contratti di informatica*, Milano: Giuffrè, 1987.

Alpa, Guido, *Consumatore (tutela del)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma 1989.

—, *Privacy e statuto dell'informazione*, in Alpa/Bessone (a cura), *Banche dati telematica e diritti della persona*, p. 193.

- Altmark, Daniel (dir.) / Bielsa, Rafael (coord.), *Informática y Derecho — Aportes de Doctrina Internacional*, Buenos Aires: Depalma, I 1991, II 1988.
- Amory, Bernard / Schauss, Marc, *Edi as a way to conclude contract*, in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, II, p. 1395.
- Andrade, José Carlos de Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987.
- Andrade, Manuel A. Domingues de, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 3.^a ed., Coimbra: Arménio Amado, 1978.
- , *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, Coimbra: polic. [segundo a edição da Livraria Almedina, 2.^a reimpressão, Coimbra, 1966], 1970.
- Antequera Parilli, Ricardo, *Las obras creadas por encargo y bajo relación de trabajo*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 107.
- Araújo, Fernando, *Lógica Jurídica e Informática Jurídica. Da axiomatização deontica às estruturas não-monotónicas do raciocínio rebatível*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, p. 7.
- As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, Actas do Colóquio Organizado pelo IJC em 23 e 24 e Abril de 1998, Coimbra: IJC, 1999.
- Asbroeck, Benoit Van, *L'oeuvre B.D. multimedia — Essai comparatif en droit belge et droit français*, in *Droit d'auteur et bande dessinée*, p. 161.
- Ascarelli, Tulio, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3 ed., Milano: Giuffrè, 1960.
- Ascensão, José de Oliveira, *O Direito de Autor no Ciberespaço*, Separata de Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito, STUDIA IVRIDICA 40, Coimbra, 1999.
- , *Telecomunicações e Direito de Autor*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, p. 197.
- , *E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo*, in *Sociedade da Informação — Estudos Jurídicos*, APDI, Coimbra, 1999, p. 9.
- , *Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 163.
- , *O Direito (Introdução e Teoria Geral)*, 10.^a ed. rev., Coimbra: Almedina, 1997.
- , *O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal?*, in Oliveira Ascensão [et al.], *Concorrência Desleal*, p. 7.
- , *O Projecto de Código da Propriedade Industrial: Patentes, Modelos de Utilidade e Modelos e Desenhos Industriais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997 [Separata RFDL].
- , *Direitos do utilizador de bens informáticos*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, p. 335.
- , *O direito de autor como direito da cultura*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 1053.
- , *Concorrência Desleal (Lições)* Lisboa: AAFDL, 1994.
- , *Direito Civil — Reais*, 5. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- , *Direito penal de autor*, Lisboa: Lex, 1993.
- , *Direito Civil — Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- , *Direito autoral*, Lisboa: AAFDL, 1989.

- Ascensão, José de Oliveira, *Direito Comercial* (Lições), I. *Parte Geral*, Lisboa: polic., 1985/86, II. *Direito Industrial*, Lisboa: polic., 1988.
- , *Teoria Geral do Direito Civil* (Lições), Lisboa: polic., I. 1984/85, II. 1983/1984 [v. ed. 1997].
- , *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa: Minerva, 1968.
- , *As relações jurídicas reais*, Lisboa: s/n, 1962.
- Ascensão, J. Oliveira [et al.], *Concorrência Desleal*, Coimbra: Almedina, 1997.
- Autor de obra de ingenio, *Propiedad intelectual*, in *Enciclopedia Jurídica Española*, III, p. 853, XXVI, p. 118 [Barcelona: Seix].
- Bainbridge, David, *Intellectual Property*, 3rd ed., London: Pitman, 1996.
- , *Software Copyright Law*, 2nd ed., London: Butterworths, 1994.
- Bappert, Walter / Maunz, Theodor / Schricker, Gerhard, *Verlagsrecht*, München: Beck, 1984.
- Barav, A. / Wyatt, D. A. (eds.), *Yearbook of European Law 1992*, Oxford: Clarendon Press, 1993.
- Barlow, John Perry, *Selling Wine without Bottles. The Economy of Mind on the Global Net*, in Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 169.
- Barrelet, Denis / Egloff, Willi, *Das neue Urheberrecht. Kommentar*, Bern: Stämpfli, 1994.
- Bartsch, Michael / Lutterbeck, Bernd (Hrsg.), *Neues Recht für neue Medien*, Köln: O. Schmidt, 1998.
- Baucks, Eckard, *Die französische Urheberrechtsreform von 1985*, Baden-Baden: Nomos, 1992.
- Baudel, Jules-Marc, *La législation des États-Unis sur le droit d'auteur (étude du statut des oeuvres littéraires et artistiques, musicales et audiovisuelles, des logiciels informatiques et de leur protection par le copyright)*, Bruxelles/Paris: Bruylant/Frison-Roche, 1990.
- Baumach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang, *Wettbewerbsrecht*, 19. Aufl., München: Beck, 1996.
- Bautista, Eduardo, *La "constitución cultural" en la sociedad de la información*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 1045.
- Becker, Jürgen / Dreier, Thomas (Hrsg.), *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden: Nomos, 1994.
- Becquet, Georges, *Le droit d'auteur des photographes en Belgique et en France. Étude critique et pratique*, Bruxelles, Bruylant, 1961.
- Beier, Friedrich-Karl / Götting, Horst-Peter / Lehmann, Michael / Moufang, Rainer (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht* (Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag), München: Beck, 1995.
- Beier, Friedrich-Karl / Schricker, Gerhard / Fikentscher, Wolfgang, *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws*, Weinheim: VCH, 1996.
- Bell Mallen, Ignacio / Corredoira y Alfonso, Loreto / Consido, Pilar, *Derecho de la información*, Madrid: Colex, 1992.
- Bellefonds, Xavier Linant de, *L'Informatique et le Droit*, 3. éd., Paris: PUF, 1992.
- Bellefonds, Xavier Linant de / Hollande, Alain, *Droit de l'Informatique et de la Télématique*, 2e éd., Paris: Delmas, 1990.
- , *Contrats Informatiques et Télématiques*, 2. éd., Paris: Delmas, 1988.
- Benabou, Valérie-Laure, *Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruxelles: Bruylant, 1997.

- Bender, David, *Computer Law*, I, II, New York: Mathew-Bender, 1997.
- Bensoussan, Alain (dir.), *Internet, aspects juridiques*, Paris: Hèrmes, 1996.
- Bercovitz, Alberto [et al.], *Propiedad Intelectual en el GATT*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.
- Bercovitz, Alberto, *El derecho de autor en el acuerdo TRIPS*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 877.
- Bercovitz, Alberto (org.), *La protection des idées*, Sitges: ALAI, 1992.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Roberto (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid: Tecnos, 1989.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Roberto, *La explotación y la protección de las ideas a través de los contratos*, in *La protection des idées*, p. 233.
- Berenboom, Alain, *Le Nouveau Droit d'Auteur (et les droits voisins)*, 2ème ed., Bruxelles: Larcier, 1997.
- Bergmann, Lutz / Möhrle, Roland / Herb, Armin (Hrsg.), *Datenschutzgesetz: Handkommentar*, I, II, Stuttgart: Boorberg, 1977.
- Bertrand, André, *Las obras informáticas en el derecho de autor: razones e perspectivas*, in *Num Mundo Novo do Direito de Autor?*, I, p. 315.
- , *La protection des logiciels*, Paris: PUF, 1994.
- , *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Paris: Masson, 1991.
- Biblioteca Nacional, *Direito de autor em Portugal: um percurso histórico*, Lisboa, Instituto da Biblioteca Nacional e do Livro, Direcção Geral dos Espectáculos, 1994.
- Birss / Graham / Defries, *Law of Compilations Databases & Multimedia*, London: Kammicks, 1996.
- Bisbal, Joaquim / Viladas, Carlos (dir.), *Derecho y Tecnologia*, Barcelona: Ariel, 1990.
- Block, Ulrich, *Die Lizenzierung von Urheberrechten für die Herstellung und den Vertrieb von Tonträgern im europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden: Nomos, 1997.
- Bocchini, Ermanno, *Lezioni di diritto industriale*, 2. ed., Padova: Cedam, 1995.
- Bogsch, Arpad, *The Law of Copyright under the Universal Convention*, 3rd ed., Leyden: Bowker, 1968.
- Boyle, James, *Shamans, Software, & Sleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge/London: Harvard University Press, 1997.
- Bonet, Georges (dir.), *Code de la Propriété Intellectuelle*, (Pierre Sirinelli, Frédéric Pollaud-Dulian, Sylviane Durrande) Paris: Dalloz, 1997.
- Borruso, Renato, *Computer e Diritto*. I. *Analisi giuridica del computer*, II. *Problemi giuridici dell'informatica*, Milano: Giuffrè, 1988.
- Brandi-Dohrn, Matthias, *Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln (BGB, Leasing und UN Kaufrecht)*, München: Beck, 1994.
- Braun, Bernd / Jöckel, Rainer / Schade, Hans, *Computer-Kaufverträge*, Berlin: Erich Schmidt, 1989.
- Bronze, Fernando José, *O Jurista: Pessoa ou Andróide?*, in *AB VNO AD OMNES*, p. 73.
- , *Apontamentos sumários de Introdução ao Direito (memória das aulas teóricas do ano lectivo de 1996-97)*, Coimbra: polic., 1997.
- , *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

- Bronze, Fernando José, “*Continentalização*” do direito inglês ou “*insularização*” do direito continental?, Coimbra: dact., 1982.
- Brügger, P., *L’authenticité de la qualité d’auteur et de l’oeuvre* (Suisse), in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 234.
- Bruhn, Manfred, *Multimedia-Kommunikation*, München: Beck, 1997.
- Bullinger, Winfried, *Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht (der Schutz des bildenden Künstlers gegenüber der Fälschung seiner Werke)*, Berlin: Schimdt, 1997.
- Bundesministerium für Wirtschaft (Hrsg.), *Die Informationsgesellschaft. Fakten, Analysen, Trends*, Bonn: BMW, 1995.
- Burkert, Herbert, *Informationszugangsrechte in Europa*, in Heymann (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, p. 86.
- Büttler, Marc, *Information Highway — Rundfunk- oder Fernmeldedienst?*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 171.
- Calvo Cabello, Eduardo, *El préstamo público*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 221.
- Campos, Diogo José Paredes de Leite, *Lições de direitos da personalidade*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1995.
- Campos, João de Mota, *Direito Comunitário*, II, 4.^a ed., Coimbra: FCB, 1994.
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, 22. Aufl. (begr. Karl Hermann Capelle), München: Beck, 1995.
- , *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, intr. e trad. de A. Menezes Cordeiro, Lisboa: FCB, 1989.
- Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6.^a ed. reimp., Almedina: Coimbra, 1995.
- Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- , *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- Carrascosa Gonzáles, Javier, *La propiedad intelectual en derecho internacional privado español*, Granada: Comares, 1994.
- Carreau, Caroline, *Mérite et droit d’auteur*, Paris, L.G.D.J., 1981.
- Carvalho, António Vilhena de, Portugal, in Corapi (a cura di), *Il diritto d’autore di fronte alle nuove tecnologie*, p. 235.
- Carvalho, Orlando, *Empresa e lógica empresarial*, Coimbra, 1997 [Separata BFD — «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia», III].
- , *Oração de Sapiência, IUS — QUOD IUSTUM*, Coimbra, 1996 [Separata dos Discursos da Abertura Solene das Aulas na Universidade de Coimbra, 16 de Outubro de 1996].
- , *Para um novo paradigma interpretativo: o Projecto Social Global*, in *Casa da Relação do Porto*, 1995, p. 77.
- , *Os direitos de personalidade de autor*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 539.
- , *Direito comercial*, Coimbra: Fora do Texto, 1993.
- , *Terceiros para efeitos de registo*, Coimbra 1994 [Separata BFD, 1994].
- , *Empresa e direito do trabalho*, in *Temas do Direito do Trabalho*, IV Jornadas

- Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho, 1990, p. 9.
- Carvalho, Orlando, *Indi partissi povero e vetusto: meditação sobre Manuel de Andrade trinta anos depois da sua morte*, Coimbra 1990 [Separata BFD, 1989].
- , *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*, Coimbra 1985 [Separata BFD, 1984].
- , *Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil*, I. *Teoria geral da relação jurídica (seu sentido e limites)*, Coimbra: Centelha, 1981.
- , *Teoria geral do direito civil* (sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano, 1.ª turma, do curso jurídico de 1980/81), Coimbra: Centelha (polic.), 1981.
- , *Estabelecimento, trespasse e mudança de destino*, Coimbra: Coimbra Editora, 1977.
- , *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Coimbra: Centelha, 1977.
- , *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, I. *O problema da empresa como objecto de negócios*, Coimbra, 1967.
- Castell, Brigitte, *L'épuisement du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Paris: PUF, 1989.
- Castro, Carlos Osório de, *Os efeitos da nulidade da patente sobre o contrato de licença da invenção patenteada*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- Castro, Zília Osório de, *Do Jusnaturalismo ao Krausismo: A Questão da Propriedade*, in Vicente Ferrer Neto Paiva (no segundo centenário do seu nascimento, a convocação do Krausismo), STUDIA IVRIDICA 45, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, p. 117.
- Chamoux, Jean-Pierre (dir.), *L'Appropriation de l'Information*, Séminaire Droit et Économie des Productions Immaterielles (organisé du 12 au 14 novembre 1984, Paris), Association Droit et Informatique, Paris: Librairies Techniques, 1986.
- Chavanne, Albert / ABURST, Jean-Jacques, *Droit de la propriété industrielle*, 4. ed., Paris: Dalloz, 1993.
- Chimienti, Laura, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Milano: Giuffrè, 1996.
- Christie, Andrew, *Integrated Circuits and their Contents: International Protection*, London: Sweet & Maxwell, 1995.
- Clark, Charles, *The Answer to the Machine is in the Machine*, in Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 139.
- Coipel, Michel [et al.], *Le Droit des Contrats Informatiques (principles, applications)*, Bruxelles: Larcier, 1983.
- Colabianchi, Alberto, *Una licenza obbligatoria per le agenzie di clipping*, in *Media and Copyright*, p. 63.
- Coleman, A., *Intellectual Property Law*, London: Kammicks, 1994.
- , *The Legal Protection of Trade Secrets*, London: Sweet & Maxwell, 1992.
- Colombet, Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 6. éd., Paris: Dalloz, 1992.
- , *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde (approche de droit comparé)*, 2. ed., Paris: Litec, 1992.
- Comissão das Comunidades Europeias, *Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social sobre a aplicação e os efeitos da Directiva 91/250/CEE relativa à protecção jurídica dos programas de computador*, COM(2000) 199 final, 10-04-2000.
- , *A Informação do Sector Público na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão,

- COM(98) 585 final, 20-1-1999.
- Comissão das Comunidades Europeias, *Seguimento do Livro Verde sobre a Comunicação Comercial no Mercado Interno*, COM(1998) 121 final, 4-3-1998.
- , *Livro Verde relativo à Convergência dos sectores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação — para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação*, COM(97) 623 final, 3-12-1997.
- , *Comunicação, Plano de acção para fomentar a utilização segura da Internet*, COM(97), 583 final, 26-11-1997.
- , *Comunicação, Garantir a segurança e a confiança nas comunicações electrónicas — contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, COM(97) 503 final, 8-10-1997.
- , *Comunicação, Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, COM(97) 157 final, 16-4-1997.
- , *Seguimento do Livro Verde sobre o direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*, COM(96) 568 final, 20-11-1996.
- , *Livro Verde, A protecção dos menores e da dignidade da pessoa humana nos novos serviços audiovisuais e de informação*, COM(96) 487 final, 16-10-1996.
- , *Comunicação, Conteúdo Ilegal e Lesivo na Internet*, COM(96) 487 final, 16-10-1996.
- , *Livro Verde, Protecção Jurídica dos Serviços Codificados no Mercado Interno — consulta sobre a necessidade de uma acção comunitária*, COM(96) 76 final, 6-3-1996.
- , *Livro Verde relativo à Comunicação Comercial no Mercado Interno*, COM(96) 76 final, 6-3-1996.
- , *Livro Verde, O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação*, COM(95) 382 final, 19-7-95.
- , *Livro Branco, Crescimento, Competitividade e Emprego — os desafios e as pistas para entrar no sec. XXI*, Luxemburgo, 1994.
- , *A Via Europeia para a Sociedade da Informação — plano de acção*, COM(94) 347 final, 19-7-1994.
- , *O direito de autor e os direitos conexos na Comunidade Europeia — O surgimento de um espaço europeu da criatividade*, C.C.E., Lisboa, 1991 (O Dossier da Europa, 9/1991).
- , *Patentes, marcas e direitos de autor na Comunidade Europeia*, Lisboa, C.C.E., 1989 (O Dossier Europa; 17/89).
- , *Livro Verde, Os direitos de autor e o desafio da tecnologia — Aspectos dos direitos de autor que requerem acção imediata*, COM(88) 172 final, 16-3-1988.
- , *Livro Branco, A Realização do Mercado Interno*, COM(85) 310 final, 14-6-1985.
- Comunicação e Defesa do Consumidor*. Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993, Coimbra, 1996.
- Computer Science / Computers*, in *Britannica*, XVI, p. 629, p. 638 [*The New Encyclopædia Britannica*, 15th ed., London, 1993].
- Conselho da Europa, *Problèmes de procédure pénale liées à la technologie de l'information*, Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1996.
- , *European Convention Relating to Questions on Copyright Law and Neighbouring Rights in the Framework of Transfrontier Broadcasting by Satellite*, Strasbourg: Council

- of Europe, 1994 [European Treaty Series, 153].
- Conselho da Europa, *La situation actuelle et l'évolution future des systèmes d'informatique juridique en Europe: actes du 10.ème colloque sur l'informatique juridique*, Conseil de l'Europe: Strasbourg, 1992.
- Copyright Research and Information Center, *Copyright Law of Japan*, Tokyo: CRIC, Dec. 1997.
- Copinger, Walther Arthur / Skone Jame, Edward Purcell, *On Copyright*, 13th ed., London: Sweet & Maxwell, 1991.
- Corapi, Diego (a cura di), *Il diritto d'autore di fronte alle nuove tecnologie — Author's right in front of new technologies*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.
- Corasaniti, Giuseppe, *Diritto e tecnologia dell'informazione (linee introduttive)*, Milano: Giuffrè, 1990.
- Cordeiro, António Menezes, *Direito das Obrigações*, I, II, Lisboa: AAFDL, 1994.
- , *Da boa fé no direito civil*, I, II, Coimbra: Almedina, 1984.
- , *Direitos Reais*, I, Lisboa: CCTF, 1979.
- Cordeiro, Pedro, *A duração do direito de autor*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 173.
- , *Comentário às Alterações do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, Lisboa: AAFDL, 1992.
- Cornish, W. R., *Protection of and vis-à-vis databases (general report)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 435.
- , *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 3. ed., London: Sweet & Maxwell, 1996.
- , *Cases and Materials on Intellectual Property*, 2. ed., London, Sweet & Maxwell, 1996.
- , *Großbritannien*, in Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht*, p. 643.
- , *Auteurs et New Equities en Droit Anglais*, in *Propriétés Intellectuelles*, p. 73.
- , *Computer Programs and the Berne Convention*, in Lehmann/Tapper (eds.), *A Handbook of European Software Law*, p. 183.
- Cornu, Marie, *Le droit culturel des biens (l'intérêt culturel juridiquement protégé)*, Bruxelles: Bruylant, 1996.
- Corrales, Carlos, *Programas de computador, sistemas multimedia e interactividad*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 671.
- Correa, Carlos M. / Batto, Hilda N. / Czar, de Zalduendo, Susana / Nazar Espeche, Félix, *Derecho Informático*, Buenos Aires: Depalma, 1987.
- Correa, Carlos María, *El derecho informático en América Latina*, in Altmark (dir.), *Informática y Derecho*, II, p. 6.
- Correia, António de Arruda Ferrer, *A venda internacional de objectos de arte e a protecção do património cultural*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994 (Separata RLJ).
- , *Lições de Direito Comercial*, I (de harmonia com as preleções feitas ao 4.º ano jurídico de 1972-73, com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita e António A. Caeiro), Coimbra: Universidade de Coimbra, 1973 [v. *Lições de direito comercial*, reimp., Lisboa: Lex, 1994].
- , *Lições de direito internacional privado*, Coimbra: polic., 1973.
- , *Reivindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica*, in *Estudos Juríd-*

- dicos*, II, p. 255, Coimbra: Atlântida, 1969.
- Correia, António de Arruda Ferrer, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra: Arménio Amado, 1939 [2.^a ed., Coimbra: Atlântida, 1968].
- Correia, António Ferrer / Xavier, Vasco da Gama Lobo, *Efeito externo das obrigações (abuso do direito, concorrência desleal: a propósito de uma hipótese típica)*, Coimbra, 1979 [Separata RDE].
- Correia, A. Ferrer / Serens, M. Nogueira, Parecer, in *Protecção do título de jornal*, p. 13.
- Correia, A. Ferrer / Sá, Almeno de, Parecer, in Rebello (coord.), *Comunicação pública de emissões de rádio e televisão*, p. 99.
- Correia, Miguel Pupo / Mariano, José, *Introdução à problemática jurídica do EDI*, 2 ed., Lisboa: SVA-Marconi, 1991.
- Costa, José Francisco de Faria, *Direito Penal da Comunicação*, Escritos, Coimbra: Almedina, 1999.
- , *Telecomunicações, vida privada e outros bens jurídicos pessoais*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, p. 47.
- , *O perigo em direito penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- Costa, Mário Júlio de Almeida, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.^a ed. revista e actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- , *Nótula sobre o regime das cláusulas contratuais gerais após a revisão do diploma que instituía a sua disciplina*, Lisboa: Universidade Católica, 1997.
- , *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 1991.
- Costa, Mário de Almeida / Cordeiro, António Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra: Almedina, 1990.
- Cruz, Justino, *Código da Propriedade Industrial*, 2.^a ed. (com a colaboração de Jorge Cruz), Coimbra: Arnado.
- Cruz, Sebastião, *Direito Romano (IUS ROMANUM)*, I, 4.^a ed., Coimbra, 1984.
- Cunha, Carolina Vicente, *O Contrato de factoring*, in A. Pinto Monteiro, *Direito Comercial*, p. 1.
- Czarnota, Bridget, *Copyright Today: Too Many Builders, Not Enough Architects*, in Hansen (ed.), *International Intellectual Property Law & Policy*, p. 1.
- Czarnota, Bridget / Hart, Robert, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A Guide to the EC Directive*, London: Butterworths, 1991.
- Dammanann, Ulrich / Simitis, Spiros, *EG-Datenschutzrichtlinie. Kommentar*, Baden-Baden: Nomos, 1997.
- , *Bundesdatenschutzgesetz*, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 1995.
- Darío Bergel, Salvador, *Informática y responsabilidad civil*, in Altmark (dir.), *Informática y Derecho*, II, p. 155.
- Davies, Gilian, *Copyright and the Public Interest*, Weinheim: VCH, 1994.
- D'Ellia, Isabella / Ciampi, Constantino, *Informatica, telematica e nuove tecnologie dell'informazione (normativa nazionale e comunitaria)*, I, II, Padova: Cedam, 1990.
- De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, Milano: Giuffrè, 1950.
- Delgado, Antonio, *La obra colectiva: un hallazgo o un pretexto?*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 121.
- , *Gestión colectiva necesaria: el problema y sus soluciones*, in *Num Novo Mundo do*

- Direito de Autor?*, II, p. 941.
- Delgado Porras, António (org.), *Propiedad Intelectual*, 4 ed., Madrid: Civitas, 1993.
- Dellebeke, Marcel (ed.), *Copyright in Cyberspace: Copyright and the Global Information Infrastructure*, ALAI, Amsterdam: Cramwinckel, 1997.
- Deliyanni, Elsa, *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble*, Paris: L.G.D.J., 1993.
- Delp, Ludwig, *Der Verlagsvertrag*, 6. Aufl., München: Beck, 1994.
- , *Das Recht des geistigen Schaffens*, München: Beck, 1993.
- Demnard-Tellier (dir.), *Le multimedia et le droit*, Paris: Hèrmes, 1996.
- Desbois, Henri, *Le droit d'auteur en France*, 3. éd., Paris: Dalloz, 1978.
- , *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris: Les Cours de droit, 1969-70.
- , *La propriété littéraire et artistique*, Paris: Armand Collin, 1953.
- Desbois, Henri / Françon, André / Kerever, André, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris: Dalloz, 1976.
- Desjeux, Xavier, *La protection des auxiliaires de la création littéraire et artistique selon la Convention de Rome du 26 octobre 1961*, Paris: LGDJ, 1966.
- D'Hamale, Emmanuel Cannart / Evrard, Jean-Jo, *Le contrat de conseil en informatique*, in Coipel [et al.], *Le Droit des 'Contrats Informatiques'*, p. 193.
- Dias, Maria Gabriela de Oliveira Figueiredo, *A assistência técnica nos contratos de know-how*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- Dietz, Adolf, *Authenticity of authorship and work (general report)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 165.
- , *Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung*, in Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht*, p. 1.
- , *The fourthcoming Directive on private copying in the European Union*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 217.
- , *Moral rights and technological challenge*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 551.
- , *El Derecho de autor en España y Portugal*, Madrid: Tecnica, 1992.
- , *Das primäre Urhebervertragsrecht in der Bundesrepublik Deutschland und in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft — Legislatorischer Befund und Reformüberlegungen*, München: Schweitzer, 1984.
- , *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden: Nomos, 1978.
- , *Das Droit Moral des Urhebers im neuen französischen und deutschen Urheberrecht*, München: Beck, 1968.
- Direito da Sociedade da Informação*, FDUL/APDI, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- Direitos de autor*, in *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, IX, p. 95-96 [Lisboa/Rio de Janeiro, Ed. Enciclopedia].
- Direito de Autor: gestão prática e judiciária*, Seminário organizado pelo Centro de Estudos Judiciários e Sociedade Portuguesa de Autores, Porto 1988, 2.^a ed., Lisboa, 1989.
- Direito Comunitário de Autor, e jurisprudência comunitária mais significativa*, Ministério da Justiça — Gabinete de Direito Europeu, Lisboa 1997.
- Direito da Informática. Legislação e Deontologia*, Lisboa: Cosmos, 1994.
- Dohr, Walter / Weiss, Ernst M. / Pollirer, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Datenschutzgesetz*, Wien:

- Manz, 1988.
- Dolmans, Maurits, *Software Licensing in Europe — Do We Need a Block Exemption?*, in Hansen (ed.), *International Intellectual Property Law & Policy*, p. 409.
- Dommering, Egbert, *Copyright Being Washed Away through the Electronic Sieve: Some Thoughts on the Impending Copyright Crisis*, in Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 1.
- Doral García, José Antonio, *Posesion y empresa*, in Iglesias Prada, Juan Luis (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, I.*, Madrid: Civitas, 1996, p. 543.
- Dörr, Erwinn / Schmidt, Dietmar, *Neues Bundesdatenschutzgesetz. Handkommentar*, 2. Aufl., Köln: Datakontext, 1992.
- Downing, Robbie, *EC Information Technology Law*, Chicester: Wiley, 1995.
- Drahos, Peter, *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot/Brookfield/Sydney: Dartmouth, 1996.
- Dreier, Thomas, *Digitaltechnik und Urheberrecht*, in Fiedler/Ullrich (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, p. 155.
- , *Urheberrecht und digitale Werkverwertung (die aktuelle Lage des Urheberrechts im Zeitalter von Internet und Multimedia)*, Bonn: Friedrich-Ebert-Stiftung, 1997.
- , *Aufeinander bezogene Urheberrechtsverträge im Zeitalter elektronischer Werkverwertung*, in Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht*, p. 193.
- , *The Cable and Satellite Analogy*, in Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 57.
- , *Broadcasting organizations*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 583.
- , *L'analogue, le digital et le droit d'auteur*, in *Propriétés Intellectuelles*, p. 119.
- , *Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts*, in Becker/Dreier (Hrsg.), *Urheberrecht und digitale Technologie*, p. 123.
- , *Die internationale Entwicklung des Rechtsschutzes von Computerprogrammen*, in Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, p. 31 [\Leftrightarrow *The International Development of Copyright Protection for Computer Programs*, in Lehman/Tapper, *A Handbook of European Software Law*, p. 217].
- , *Kabelweiterleitung und Urheberrecht (eine vergleichende Darstellung)*, München: Beck, 1991.
- Drexler, Josef, *What is Protected in a Computer Program? Copyright Protection in the United States and Europe*, New York: VCH, 1994.
- , *Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des Gatt*, München: Beck, 1990.
- Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruxelles/Paris: Bruylant/LGDJ, 1997.
- Drone, Eaton, *A Treatise on the Law of Property in Intellectual Productions*, Boston: Little Brown, 1879.
- Druey, Jean Nicholas, *Information als Gegenstand des Rechts (Entwurf einer Grundlegung)*, Zürich: Schulthess, 1995.
- Dumas, Roland, *La propriété littéraire et artistique*, Paris: PUF, 1987.
- Dworkin, Gerald, *Copyrights, Patents and/or 'Sui Generis': What Regime Best Suits Computer Programs*, in Hansen (ed.), *International Intellectual Property Law & Policy*, p. 165.
- Dworkin, Gerald / Taylor, Richard, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patents*

Act 1988, London: Blackstone, 1989.

Ebnet, Peter, *Der Informationsvertrag*, Baden-Baden: Nomos, 1995.

Edelman, Bernard, *La propriété littéraire et artistique*, 2. éd., Paris: PUF, 1992.

Egan, Bruce L., *Information Superhighways (the economics of advanced public communication networks)*, Boston/London, Artech House, 1991.

Ehmann, Eugen / Helfrich, M., *EG-Datenschutzrichtlinie: Kurzkommentar*, Köln, 1999.

Ehmann, Eugen / Helfrich Marcus / Zimmer-Helfrich, Anke (Hrsg.), *Die EG-Datenschutzrichtlinie*, Köln: Schmidt, 1996.

Eigen, Manfred / Winkler, Ruthild, *O Jogo. As leis naturais que regulam o acaso*, trad. Carlos Fiolhais, Lisboa: Gradiva, 1989.

Ellger, Reinhard, *Der Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr*, Baden-Baden: Nomos, 1990.

Ellins, Julia, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft (von den Anfängen bis ins Informationszeitalter)*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

Elmi, Giancarlo Taddei, *Informatics and Philosophy of Law*, in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, I, p. 701.

English, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6.^a ed., trad. J. Baptista Machado, Lisboa: FCB.

Enneccerus, Ludwig / Lehmann, Heinrich, *Derecho de Obligaciones*, II, Barcelona: Bosch, 1954.

Espín Alba, Isabel, *Contrato de edición literaria*, Granada: Comares, 1994.

Espín Canovas, Diego, *Los derechos del autor de obras de arte*, Madrid: Civitas, 1996.

—, *El derecho moral y la armonización del derecho de autor*, in *La Armonización de los Derechos de Propiedad Intelectual*, p. 143.

Esser, Joseph, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrechts*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 1974.

Evrard, Jean-Jo / Thunis, Xavier, *La protection juridique des programmes d'ordinateurs*, in Coipel [et al.], *Le Droit des 'Contrats Informatiques'*, p. 430.

Fabiani, *Autore (diritto di)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XVI, Roma 1989.

Fabre-Magnan, Michel, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ: Paris, 1992.

Faultrier-Travers, Sandra de, *Aspects juridiques de l'information (propriété littéraire, droit de la personne, droit de la communication)*, Paris: ESF, 1991.

Fechner, Frank, *Geistiges Eigentum und Verfassung: Schöpferische Leistungen unter dem Schutz des Grundgesetzes*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

Felix, Thomann, *Marken- und Urheberrecht*, Zürich: Schulthess, 1993.

—, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., Zürich: Schulthess, 1989.

Fernández-Albor Baltar, Ángel, *La obra cinematográfica reproducida en cintas de vídeo (home video exploitation)*, Madrid: Marcial Pons, 1995.

Fernández Ballesteros, Carlos, *El viejo mundo del derecho de autor*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 35.

Ficsor, M., *Latest developments regarding the Protocol to the Berne Convention and the New Instrument*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 29.

- Fiedler, Herbert (Hrsg.), *Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens*, Köln: Schmidt, 1992.
- Fiedler, Herbert / Ullrich, Hanns (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, Köln: Schmidt, 1997.
- Fischer/Reich, *Urhebervertragsrecht*, München: Beck, 1991.
- Fysh, Michael / Wilson-Thomas, Robert, *Intellectual Property Citator 1982-1995*, London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Flint, Michael / Thorne, Clive / Williams, Alan, *Intellectual Property. The New Law. A Guide to the Copyright, Designs and Patent Act 1988*, London: Butterworths, 1989.
- Forester, Tom, *The Information Technology Revolution*, Oxford: Blackwell, 1990.
- Freestone, D. / Davidson, J., *The Institutional Framework of the European Communities*, London/New York, Croom Helm, 1988.
- Fromm, Friedrich Karl / Nordemann, Wilhelm, *Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, 9. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 1998.
- Fuchs, Ulrich, *Der Werkbegriff im italienischen und deutschen Urheberrecht*, München: Beck, 1996.
- Gaggero, Paolo, *La Protection des Bases de Données dans l'Avant-Projet Communautaire*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, p. 361.
- Gallus, B., *Elektronisches Publizieren und Verlagsrecht*, in Fiedler (Hrsg.), *Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens*, p. 53.
- Gamm, Otto-Friedrich von, *Urheberrechtsgesetz, Kommentar*, München: Beck, 1968.
- Gandelman, Henrique, *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na Era Digital*, Rio de Janeiro: Record, 1997.
- Garcia Sanz, R. M., *El derecho de autor de los informadores*, Marcial Pons: Madrid, 1992.
- Garham, Nicholas, *What is Multimedia?*, in *Legal Aspects of Multimedia and GIS*, p. 10.
- Gautier, Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, 2è. éd., Paris: PUF, 1996.
- Geller, Paul Edward / Nimmer, Melville, *International Copyright Law and Practice*, I, II, New York: Mathew-Bender, 1997.
- Gendreau, Ysolde, *The Retransmission Right: Copyright and the Rediffusion of Works by Cable*, Oxford: ESC, 1990.
- Gervais, Daniel, *El principio del trato nacional en los acuerdos internacionales de propiedad intelectual*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 603.
- , *Identificación de las obras utilizadas en sistemas digitales*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 739.
- Ghia, Lucio, *The USA between Internet and Copyright*, in *Media e Copyright*, p. 70.
- Giannantonio, Ettore (ed.), *Law and Computers*, Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema di Cassazione, Rome Spring 1998, I. *Legal Informatics*, II. *Judicial and Administrative Informatics*, Milano: Giuffrè Editore, 1991.
- Giannantonio, Ettore, *The legal protection of semiconductor chips / The Legal Value of the Electronic Document*, in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, II, p. 1221 / p. 1361.
- Giannini, Amedeo, *Il diritto d'autore*, Firenze: Nuova Italia, 1943.
- Ginsburg, Jane C., *Putting Cars on the 'Information Superhighway': Authors, Exploiters and*

- Copyright in Cyberspace*, in Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 189.
- Ginsburg, Jane / Kaplan, A.G., *The economic rights involved (USA)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 149.
- Goebel, Jürgen, *Informations- und Datenbankschutz in Europa*, in Heymann (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, p. 106-117.
- Gómez Segade, José António, *A mundialização da propriedade industrial e do direito de autor*, in *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*, STUDIA IVRIDICA 48, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 7.
- Goldstein, Paul, *Copyright*, I, 2nd ed., New York: Aspen, 1998.
- , *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, New York: Hill and Wang, 1994.
- , *The EC Software Directive: a View from the United States*, in Lehmann/Tapper, *A Handbook of European Software Law*, p. 199.
- , *Computer-Assisted and Computer-Generated Works (Final Remarks)*, in *L'informatique et le droit d'auteur*, p. 541.
- Gonçalves, Maria Eduarda, *Direito da Informação*, Coimbra: Almedina, 1994.
- Gonçalves, Pedro, *Direito das Telecomunicações*, Coimbra: Almedina, 1999.
- Gonzalez Lopez, M., *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Madrid: Marcial Pons, 1993.
- Gorjão-Henriques, Miguel, *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: A Franquia de Distribuição*, Coimbra: Almedina, 1998.
- Götting, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen: Mohr, 1995.
- , *Urheberrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen*, in Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht*, p. 53.
- Gotzen, Frank, *Het bestemmingsrecht van de auteur*, Bruxelles: Larcier, 1961.
- Gotzen, Frank (ed.), *Chip Protection: A New Form of Intellectual Property*, Brussel: Bruylant, 1990.
- , *Copyright and the European Community. The Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology*, Brussels: Story-Scientia, 1989.
- Goulanakakis, Georgios, *Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz (Zur urheberrechtlichen Problematik der Einspeisung von Rundfunksendungen in Kabelanlagen aus nationaler, internationaler und rechtsvergleichender Sicht)*, Baden-Baden: Nomos, 1989.
- Goväre, Inge, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E C Law*, London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Govoni, Carlo / Gasser, Christoph, *Die internationalen Urheberrechts- und leistungsschutzrechtlichen Abkommen im Lichte des Information Highway*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 235.
- Graffenried, Christoph von, *Vermögensrechtliche Ansprüche bei Urheberrechtsverletzungen. Eine rechtsvergleichende Darstellung nach deutschem, österreichischem, französischem, amerikanischem und schweizerischem Recht*, Zürich: Schulthess, 1993.
- Griese, Joachim / Sieber, Pascal, *Internet als erste Ausbaustudie des Information Highway*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 43.

- Grossfeld, Bernhard / Salje, Peter (Hrsg.), *Elektronische Medien im Recht*, Köln: Heymanns, 1986.
- Groß, *Computerprogramm-Lizenzvertrag*, 2. Aufl., Heidelberg: RWS, 1996.
- , *Know-how-Lizenzvertrag*, 2. Aufl., Heidelberg: RWS, 1996.
- Grosheide, F. Willem, *Copyright and technical protection devices*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 400.
- , *Paradigms in Copyright Law*, in Sherman/Strowel, *Of Authors and Origins*, p. 203.
- Groves, Peter, *Copyright and Design Law: a Question of Balance. The Copyright, Designs and Patents Act 1988*, London: Graham and Trotman, 1991.
- Groves, Peter / Martino, Tony / Miskin, Claire / Richards, John, *Intellectual Property and the Internal Market of the European Community*, London: Graham and Trotman, 1996.
- Guerra, Amadeu, *Telecomunicações e protecção de dados*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, p. 107.
- Guzz, Rudolfo, *La proprietà dei beni culturali*, in Santoro-Passarelli (dir), *Proprietà Privata e Funzione Sociale*, p. 375.
- Gutiérrez Vicén, Javier, *El derecho de participation ('droit de suite')*, in *La Armonización de los Derechos de Propiedad Intelectual*, p. 149.
- Haberstumpf, Helmut, *Handbuch des Urheberrechts*, Neuwied: Luchterhand, 1996.
- , *Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen*, in Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, p. 69.
- Haedicke, Maximilian Wilhelm, *Urheberrecht und die Handelspolitik der Vereinigten Staaten von Amerika*, München: Beck, 1997.
- Haertel, Kurt / Schiefner, Kurt, *Urheberrechtsgesetz und Gesetz über die Wahrnehmung von urheberrechten und verwandten Schutzrechten*, Köln: Heymanns, 1967.
- Hansen, Hugh (ed.), *International Intellectual Property Law and Policy*, I, London: Sweet&Maxwell, 1996.
- Harke, Dietrich, *Urheberrecht (Fragen und Antworten)*, Köln: Heymann, 1997.
- Harris, Lesley Ellen, *Digital Property: Currency of the 21st Century*, McGraw-Hill, 1998.
- Hart, Tina / Fazzani, Linda, *Intellectual Property Law*, London: Macmillan, 1997.
- Hartley, T.C., *The Foundations of European Community Law*, Oxford: Clarendon, 1988.
- Hammes, Bruno Jorge, *O direito de propriedade intelectual — subsídios para o ensino*, São Leopoldo: Unisinos, 1996.
- Hanneman, Henri W., *The Patentability of Computer Software*, Deventer: Kluwer, 1985.
- Heymann, Thomas (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, Köln: Schmidt, 1995.
- Herdero Higuera, H., *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*, Pamplona: Aranzadi, 1997.
- Hertin, Paul W., *Urheberrecht*, Freiburg: Haufe, 1996.
- Herzog, P., *The Law of the European Economic Community. A Commentary on the EEC Treaty*, New York: Matthew Bender, 1989.
- Hess, Gangolf, *Urheberrechtsprobleme der Parodie*, Baden-Baden: Nomos, 1993.
- Hilf, Meinhard / Oehler, Wolfgang (Hrsg.), *Der Schutz des geistigen Eigentums in Europa*, Baden-Baden: Nomos, 1991.
- Hilig, Hans-Peter, *Urheber- und Verlagsrecht (Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Recht der*

- urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften, Internationales Urheberrecht*), 5. Aufl., Deutscher, 1990.
- Hilty, Reto (Hrsg.), *Information Highway (Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen)*, München: Beck, 1996.
- Hilty, Reto, *Der Information Highway — eine Einführung in die Problematik*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 21.
- Hock, Martin, *Das Namensnennungsrecht des Urhebers (Insbesondere im Arbeitsverhältnis)*, Baden-Baden: Nomos, 1993.
- Hoebel, Christoph, *Der Schutz von elektronischen Datenbanken nach deutschem und kommandem europäischem Recht*, in Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, p. 1015.
- Hoeren, Thomas / Holznapel, Bernd (Hrsg.), *Datenschutz und Multimedia*, Münster: LIT, 1998.
- Hoeren, Thomas, *Rechtsfragen des Internet*, Köln: RWS, 1998.
- , *Internationale Netze und das Wettbewerbsrecht*, in Jürgen (Hrsg.), *Rechtsprobleme internationaler Datennetze*, p. 35.
- , *Multimedia: Eine Herausforderung für das Urheber- und Wettbewerbsrecht*, in Heymann (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, p. 17.
- , *Legal Aspects of Multimedia: Long Term Solutions*, in *Legal Aspects of Multimedia and GIS*, p. 52.
- , *Germany*, in Jongen/Meijboom, *Copyright Software Protection in the EC*, p. 73.
- , *Softwareüberlassung als Sachkauf (Ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware)*, Beck: München, 1989.
- Holyoak, Jon / Torremans, Paul, *Intellectual Property Law*, London: Butterworths, 1995.
- Hörster, Heinrich E., *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 1992.
- Hubmann, Heinrich/Rehbinder, Manfred, *Urheber- und Verlagsrecht*, 8. Aufl., München: Beck, 1995.
- Hubmann, Heinrich / Götting, Horst-Peter, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 6. Aufl. (Mitarb. von Hans Forkel), München: Beck, 1998.
- Hübner, Heinz, *Urheberrecht und zivilrechtliche Dogmatik / Das Grundgesetz und der zivilrechtliche Eigentumsbegriff*, in Hübner, Heinz (Hrsg., Klaus Luig), *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (Ausgewählte Schriften)*, Köln: Heymanns, 1997, p. 131 / p. 167.
- Huet, Jérôme / Maisl, Herbert, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris: Litec, 1989.
- Hugenholtz, Bernt (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, The Hague: Kluwer, 1996.
- Hugenholtz, Bernt, *Protection of and vis-à-vis databases*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 491.
- , *Adapting Copyright to the Information Superhighway*, in Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 81.
- Industries culturelles et nouvelles techniques (Rapport de la commission présidée par Pierre Sirinelli)*, Paris, 1994.
- Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working*

- Group on Intellectual Property Rights* (Bruce Lehman, Ronald Brown), September 1995.
- Iteanu, O., *Internet et le droit. Aspects juridiques du commerce électronique*, Paris: Eyrolles, 1996.
- Jacob, Robin / Alexander, Daniel, *A Guidebook to Intellectual Property (Patents, Trade-marks, Copyright and Designs)*, London: Sweet & Maxwell, 1993.
- Jan, Beatrix, *Das Urheberrechtspersonlichkeitsrecht im deutschen und britischen Recht*, Münster: Lit, 1994.
- Jandach, T., *Juristische Expertensysteme*, Berlin: Springer, 1993.
- Jongen, Herald / Meijboom, Alfred (eds.), *Copyright Software Protection in the EC*, Deventer: Kluwer, 1993.
- Joos, Ulrich, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht*, München: Beck, 1991.
- Jürgen, Becker (Hrsg.), *Rechtsprobleme internationaler Datennetze*, Baden-Baden: Nomos, 1996.
- Kappes, Florian, *Rechtsschutz computergestützter Informationssammlungen (Gesetzliche und vertragliche Schutzmöglichkeiten für CD-ROM- und Online-Datenbanken einschließlich Multimedia-Anwendungen)*, Köln: Schmidt, 1996.
- Kapteyn, P. J. / Themaat, P. Verloren van, *Introduction to the Law of the European Communities*, Deventer: Kluwer, 1989.
- Katsch, M. Ethan, *Law in a Digital World*, New York/Oxford: Oxford University Press, 1995.
- , *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York/Oxford: Oxford University Press, 1989.
- Katzenberger, Paul, *Elektronische Printmedien und Urheberrecht (Urheberrechtliche und urhebervertragliche Fragen der elektronischen Nutzung von Zeitungen und Zeitschriften)*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 1997.
- , *Germania*, Corapi (a cura di), *Il diritto d'autore di fronte alle nuove tecnologie*, p. 165.
- , *Elektronisches Publizieren und Urheber- und Wettbewerbsrecht*, in Fiedler (Hrsg.), *Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens*, p. 35.
- Kau, Wolfgang, *Vom Persönlichkeitsschutz zum Funktionsschutz (Persönlichkeitsschutz juristischer Personen des Privatrechts in verfassungsrechtlicher Sicht)*, Heidelberg: Müller, 1989.
- Kaufmann, Arthur, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie (Ein Einführung in das rechtsphilosophische Denken)*, 2. Aufl., München: Beck, 1997.
- Kerever, A., *La protection en faveur et vis-à-vis des banques données (France)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 474.
- Kessler, M., *Le logiciel, protection juridique*, Paris: Lavoisier, 1986.
- Kilian, Wolfgang, *Europäisches Datenschutzrecht — Persönlichkeitsrecht und Binnenmarkt*, in Tinnfeld/Phillips/Heil (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, p. 98.
- , *Haftung für Mängel der Computer-Software*, Heidelberg: Müller, 1986.
- Kilian, Wolfgang / Heussen, Benno, *Computerrechts- Handbuch*, München: Beck, 1991.
- Klee, Dirk, *Pressedatenbanken und datenschutzrechtliches Medienprivileg*, Baden-Baden: Nomos, 1992.
- Köbele, Bernd, *Fernmeldewesen und Telematik in ihrer rechtlichen Wechselwirkung*, Berlin:

- Buncker&Humboldt, 1991.
- Koch, Frank / Schnupp, Peter, *Software-Recht*, I, Berlin: Springer, 1991.
- Kondratov, A., *Introdução à cibernética*, trad. Rui de Nazaré, Lisboa: Presença.
- Koumantos, G., *Les aspects de droit international privé*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 257.
- Kubota, Yutaka, *Protection of Computer Programs and Databases in Japan*, Tokyo: WIPO, 1993.
- La Armonización de los Derechos de Propiedad Intelectual en la Comunidad Europea*, Madrid: Ministerio de Cultura, 1993.
- L'Appropriation de l'Information*, Séminaire Droit et Économie des Productions Immatérielles (organisé du 12 au 14 novembre 1984, Paris), Association Droit et Informatique, Paris: Librairies Techniques, 1986.
- Laddie, Hugh / Prescott, Peter / Victoria, Mary, *The Modern Law of Copyright*, 5th ed., London: Butterworths, 1995.
- Lamberterie, Isabelle de, *Les contrats en informatique*, Paris: Dalloz, 1983.
- Lamouline, C. / Pouillet, Yves, *Des autoroutes de l'information à la «démocratie électronique»*, Bruxelles: Bruylant, 1997.
- Lange, Hermann, *Schadensersatz*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990.
- Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 2.^a ed., Lisboa: FCB.
- Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin: Springer, 1996.
- Larrea Richerand, Gabriel, *La utilización de las obras por computadoras*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 965.
- Leaffer, M.A., *Database protection in the United States*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 505.
- Lee, Lewis / Davidson, Scott (eds.), *Intellectual Property for the Internet*, New York: Wiley, 1997.
- Legal Aspects of Multimedia and GIS*, Legal Advisory Board Conference, Lisbon — 27/28 October 1994.
- Legeais, Dominique, *Droit commercial*, 10. éd., Paris: Sirey, 1995.
- Lehmann, Bruce, *Intellectual Property and the National and Global Information Infrastructures*, in Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 103.
- Lehmann, Michael (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 1997.
- , *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl., Köln: Schmidt, 1993.
- Lehmann, Michael / Tapper, Collin (eds.), *A Handbook of European Software Law*, Oxford: Clarendon, 1993.
- Lehmann, Michael, *Digitalisierung und Urhebervertragsrecht*, in Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, p. 58.
- , *Le droit d'auteur et protection techniques (Allemagne)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 363.
- , *Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung*, in Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht*, p. 543.
- , *Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen*, in Lehmann

- (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, p. 1.
- Lehmann, Michael, *Produzenten- und Produkthaftung für Soft- und Hardware*, in Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, p. 999.
- , *The European Software Directive on the Protection of Computer Programs*, in Lehmann/Tapper (eds.), *A Handbook of European Software Law*, p. 163.
- Lewinski, Silke von, *Protection of and vis-à-vis databases (Germany)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 480.
- , *The EC Rental Rights Directive*, in Hansen (ed.), *International Intellectual Property Law & Policy*, p. 203.
- Liebrecht, Erhard, *Die Zweckübertragungslehre im ausländischen Urheberrecht*, München: Beck, 1983.
- L'informatique et le droit d'auteur*, ALAI, Cowansville: Yvon Blais, 1989.
- Lima, Fernando Andrade Pires de / Varela, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, I, III, Coimbra: Coimbra Editora, 1967, 1972.
- , *Noções Fundamentais de Direito Civil*, I, 6.º ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1965.
- Lipszyc, Delia, *Satélite y cable / Utilizaciones libres y uso privado*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 197 / p. 291.
- Lloyd, Ian J., *Information Technology Law*, London: Butterworths, 1993.
- Loewenheim, Ulrich, *Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Dokumente in Datenbanken*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 1994.
- Loewenheim, Ulrich / Koch, Frank (Hrsg.), *Praxis des Online-Rechts*, Weinheim: VCH, 1998.
- Lophem, Emmanuel de / Cruysmans, Olivier, *Les clauses particulières au contrat de maintenance*, in Coipel, *Le Droit des 'Contrats Informatiques'*, p. 389.
- Lubberger, Andreas, *Eigentumsdogmatik*, Baden-Baden: Nomos, 1995.
- Lucas, André / Lucas, Henry, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris: Litec, 1994.
- Lucas, André, *Le droit d'auteur et protection techniques (rapport général)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 343.
- , *Droit d'auteur et multimédia*, in *Propriétés Intellectuelles*, p. 325.
- , *La distinction entre la forme et l'idée en matière des droit d'auteur*, in Bercovitz (org.), *La protection des idées*, p. 119.
- , *Banques de données (Conclusion)*, in *L'informatique et le droit*, p. 431.
- , *Droit de l'Informatique*, Paris: PUF, 1987.
- Lutterbeck, Bernd, *Harmonisierung des Europäischen Informationsrechts? — Zum Aufbau der Wissensordnung*, in Heymann (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, p. 127.
- Luzzatto, Ettore, *La crisi del 'software'*, in *Problemi Attuali del Diritto Industriale*, Milano: Giuffrè, 1977, p. 719.
- Machado, João Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra: Almedina, 1993.
- Mäger, Stefan, *Der Schutz des Urhebers im internationalen Vertragsrecht (Zur anknüpfung zwingenden deutschen Urheberrechts)*, Berlin: Berlin Vertrag, 1995.
- Mackaay, *The Economics of Emergent Property Rights on the Internet*, in Hugenholtz (ed.),

- The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 13.
- Malzer, Hans Michael, *Der Softwarevertrag (Der Erwerb von Standardsoftware, Individualsoftware und Betriebssoftware, Erwerb von Hard- und Software)*, Köln: Schmidt, 1991.
- Maresca, Giovanni, *Limiti della tutela del diritto di privativa*, Napoli: Giannini, 1983.
- Marett, Paul, *Information Law and Practice*, Aldershot: Gower, 1991.
- Marizcurrena, Martín, *La gestión colectiva del derecho de autor: las relaciones entre las sociedades de gestión y los usuarios*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 917.
- Marly, Jochen, *Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union (Abschied vom überkommenden Urheberrechtsverständnis)*, München: Beck, 1995.
- , *Softwareüberlassungsverträge*, München: Beck, 1991.
- Marques, José Augusto Sacadura Garcia, *Legislar sobre protecção de dados pessoais em Portugal*, Legis, 1993, p. 37.
- , *Portugal — A Lei de Protecção de Dados Pessoais face à Informática*, polic.: s/n, 1991.
- , *Informática e vida privada*, Lisboa, 1988 [Separata BMJ].
- , *Justiça e informática (algumas breves notas)*, Lisboa, 1987.
- , *Informática e liberdades (Alguns subsídios complementares)*, Lisboa, 1986 [Separata BMJ].
- , *Informática e liberdade*, Dom Quixote: Lisboa, 1975.
- Martinek, Michael, *Moderne Vertragstypen*, München: Beck, I. *Leasing and Faktoring* 1991, II. *Franchising, Know-how-Verträge, Management- und Consulting Verträge* 1992, III. *Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen* 1993.
- Martinez Sanz, Fernando, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concession*, Madrid: Civitas, 1995.
- Martínez, Pedro Romano, *Os grandes tipos de contratos de direito de autor*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 395.
- , *Cumprimento Defeituoso (em especial na compra e venda e na empreitada)*, Coimbra: Almedina, 1994.
- , *Contrato de Empreitada*, Coimbra: Almedina, 1994.
- Martino, Antonio (a cura di), *La tutela giuridica del software: aspettando l'Europa*, Firenze: Le Monnier, 1990.
- Martins, A. G. Lourenço, *Direito da informática*, II, Coimbra: polic., 1997.
- , *Protecção jurídica do software*, polic. (s/n).
- Mauhs, Angela, *Der Wahrnehmungsvertrag*, Baden-Baden: Nomos, 1991.
- Media e Copyright — Come armonizzare una questione europea / How to Harmonize a European Issue*, International Congress, Stintino (Sassari) 23-4/05/1997, European Media Analysts Association: s/n, 1997.
- Medicus, Dieter, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., München: Beck, 1997.
- , *Schuldrecht II. Besonderer Teil (Ein Studienbuch)*, 8. Aufl., München: Beck, 1997.
- Mehring, J., *Elektronisches Publizieren und Rechte des Informationsnutzers*, in Fiedler (Hrsg.), *Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens*, p. 90.
- Meijboom, Alfred, *The EC Directive on Software Copyright Protection*, in Jongen/Meijboom, *Copyright Software Protection in the EC*, p. 1.

- Melichar, Ferdinand, *Die digitale Verwertung von Sprachwerten*, in Becker/Dreier (Hrsg.), *Urheberrecht und digitale Technologie*, p. 85.
- Melichar, Ferdinand, *Collective Administration of Electronic Rights: A Realistic Option?*, in Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 147.
- Mello, Alberto Sá e, *Tutela Jurídica das Bases de Dados (A transposição da directriz 96/9/CE)*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, p. 111.
- , *O direito pessoal de autor no ordenamento jurídico português*, Lisboa: SPA, 1989.
- Melville, L.H., *Forms and Agreements on Intellectual Property and International Licensing*, 3. ed., I, II, III, London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Mendes, Manuel Ohen, *Tutela Jurídica das Topografias de Circuitos Integrados*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, p. 89.
- Merger, Robert / Menell, Peter / Lemsley, Mark / Jorde, Thomas, *Intellectual Property in the New Technological Age*, New York: Aspen, 1997.
- Merkin, Robert (Hrsg.), *Richards Butler on Copyright, Designs and Patent: The New Law*, London: Longman, 1989.
- Mesquita, José Manuel de Andrade, *Estrutura e tutela aquiliana dos direitos pessoais de gozo*, Coimbra: dact., 1991.
- Mesquita, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra: Almedina, 1990.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim / Schulze, Erich, *Urheberrechts Kommentar*, I, II, III, Neuwied: Luchterland, 1997.
- Metaxas-Maranghidis, George (ed.), *Intellectual Property Laws of Europe*, Chichester: Wiley, 1995.
- Michalski, Lutz / Bösert, Bernd, *Vertrags- und schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen*, Stuttgart: Schäffer/Poeschel, 1992.
- Millard, Charles, *Legal Protection of Computer Programs and Data*, London: Sweet & Maxwell, 1985.
- Millé, António, *Derechos del usuário de bienes informáticos*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, p. 331.
- , *Uso de obras por la informática*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 329.
- , *Las 'artes cibernéticas' y sus problemas de propiedad intelectual*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 977.
- Miller, Arthur R. / Michael H. Davis, *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright*, 2nd. Ed., St. Paul: West Publishing, 1990.
- Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, III, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 1991.
- Miranda, Jorge / Machado, Miguel Pedrosa, *Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial*, Lisboa: Dom Quixote, 1995.
- Missão para a Sociedade da Informação, *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, MSI, 1997.
- Moles, Abraham, *Arte e computador*, (col. Elisabeth Rohmer; trad. Pedro Barbosa), Porto: Afrontamento, 1990.
- Molina, Marco, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid: Marcial Pons, 1994.
- Moncada, Luis Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado*, I, II, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- , *Lições de Direito Civil*, 4.^o ed., Coimbra: Almedina, 1995.
- Monet, D., *Le multimédia*, Paris: Flammarion, 1995.
- Monteiro, António Pinto, *Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor*, in *Estudos de*

- Direito do Consumidor*, I, Publicação do Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 1999, p. 201.
- Monteiro, António Pinto, *A responsabilidade civil na negociação informática*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, p. 229.
- , *A protecção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, p. 139.
- , *Denúncia de um contrato de concessão comercial*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998 [Separata RLJ].
- , *Protecção jurídica do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *Telecomunicações e Direito na Sociedade da Informação*, Colóquio, Instituto Jurídico da Comunicação, Abril de 1998, Coimbra.
- , *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 3.^a ed. act. (com as alterações introduzidas pelo DL 118/93, de 13/4, que transpõe a Directiva 86/653/CEE, do Conselho, de 18/12/1986), Livraria Almedina, Coimbra, 1998.
- , *European Perspectives Viewed from the Atlantic*, report presented by Alexandre Pereira, in *Media e Copyright*, p. 86.
- , *Direito dos Contratos e da Publicidade* (textos de apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo de 1995/1996), Coimbra: polic., 1996.
- , *Direito Comercial* (textos de apoio ao Curso sobre Contratos Comerciais no ano lectivo de 1995/1996), Coimbra: polic., 1996.
- , *Comunicação e Defesa do Consumidor — Conclusões do Congresso*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, p. 489.
- , *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 2.^a ed. act. (com as alterações introduzidas pelo DL 118/93, de 13/4, que transpõe a Directiva 86/653/CEE, do Conselho, de 18/12/1986), Livraria Almedina, Coimbra, 1993.
- , *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 1990.
- , *Cláusulas de responsabilidade civil*, Coimbra 1990 [Separata BFD — «Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Afonso Queiró», 1986].
- , *Contratos de agência, de concessão e de franquia («franchising»)*, Coimbra 1989 [Separata BFD — «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia», 1984].
- , *Contrato de agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, Coimbra: Almedina, 1987.
- , *Contrato de agência [Anteprojecto]*, BMJ n.º 360 (1986), p. 43.
- , *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985 [Separata BFD, vol. 28, Suplemento].
- , *Inflação e direito civil*, Coimbra 1984 [Separata BFD — «Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia», 1984].
- , *Sumários de Introdução ao Estudo do Direito* (de harmonia com as lições proferidas pelo Prof. Doutor Castanheira Neves ao 1.º ano jurídico de 1977-78), Coimbra: UC polic., 1978.
- Monteiro, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989.
- Morgan, Richard / Stedman, Graham, *Computer Contracts*, 4th ed., London: Longman, 1991.

- Moritz, Hans-Werner / Tybusseck, Barbara, *Computersoftware. Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, 2. Aufl., München: Beck, 1992.
- Moscoso del Prado, Xavier, *Derechos de alquiler y préstamo: sistemas de recaudación*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 239.
- Möhring, Phillip / Nicolini, Käte, *Urheberrechtsgesetz — Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965)*, Berlin: Vahlen, 1970.
- Moufang, Rainer, *Information als Vertragsgegenstand*, in Fiedler/Ullrich (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, p. 213.
- , *Datenbankverträge*, in Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht*, p. 571.
- Müller, Stefanie, *Das neue spanische Urheberrecht im Vergleich zum deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Urheberrechtsharmonisierung*, München: VVF, 1997.
- Nabhan, Victor, *Alocution de bienvenue*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 21.
- , *La protection des idées en dehors du droit d'auteur et des contrats expres*, in *La protection des idées*, p. 339.
- Nagel, Stuart, *Computer-Aided Law Decisions*, in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, I, p. 667-699.
- Negroponte, Nicholas, *Being Digital*, New York: Knopf, 1995.
- Neuner, Jörg, *Die Rechtsfindung contra legem*, München: Beck, 1992.
- Neves, A. Castanheira, *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, I, II, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- , *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- , *Fontes do Direito. Contributo para a revisão do seu problema*, Coimbra, 1985 [Separata BFD — «Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Curz», 1983].
- , *Método Jurídico*, in *Polis*, 4, p. 212.
- , *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra: policop., 1968-69.
- , *Questão-de-facto — Questão-de-direito, ou o problema metodológico da juridicidade*, I. *A crise*, Coimbra: Almedina, 1967.
- Nimmer, Melville / Nimmer, David, *Nimmer on Copyright*, I, New York: Mathew-Benders, 1997.
- Nimmer, Melville, *Cases and Materials on Copyright and other aspects of Entertainment Litigation (including unfair competition, defamation, privacy)*, 3. ed., St. Paul, Minn.: West, 1985.
- Nimmer, Raymond / Krathaus, Patricia, *Computer Software: Protection of Authorship and Technology*, in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, II, p. 1177.
- Nirk, Rudolf, *Gewerblicher Rechtsschutz. Urheber- und Geschmacksmusterrecht, Erfinder — Wettbewerbs —, Kartell- und Warenzeichenrecht*, Stuttgart: Kohlhammer, 1981.
- Nordemann, Axel, *Die künstlerische Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk*, Baden-Baden: Nomos, 1992.
- Nordemann, Wilhelm / Vinck, Kai / Hertin, Paul, *International Copyright and Neighbouring Rights Law. Commentary with special emphasis on the European Community*, transl.

- Gerald Meyer, Weinheim: VCH, 1990.
- Nordemann, Wilhelm, *Form und Idee im Urheberrecht*, in Bercovitz (org.), *La protection des idées*, p. 55.
- Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, II, Lisboa: Cosmos/Arco-Íris, 1994 [Comunicações, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Lisboa, 15-18 de Novembro de 1994].
- OCDE, *Forum on Electronic Commerce: Progress Report on the OECD Action Plan for Electronic Commerce*, Oct. 1999.
- , *Recommendations of the OECD Council Concerning Guidelines For Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*.
- , *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Cryptography Policy*.
- , *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Security of Information Systems*.
- , *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*.
- , *Échanges de services d'information, d'informatique et des communications*, Paris, 1990.
- , *L'internationalisation du logiciel et des services informatiques*, Paris, 1989.
- , *Les logiciels: l'émergence d'une industrie*, Paris, 1985.
- Ohlen, Jürgen, *Die rechtliche Einordnung des Softwareüberlassungsvertrages*, Göttingen: WRS, 1990.
- Olivo, Luis Carlos Cancellier de, *Direito e Internet: A Regulamentação do Ciberespaço*, 2.^a ed., Florianópolis: UFSC, 1999.
- Ontiveros Baquero, C. Perez de, *Derecho de Autor: la facultad de decidir la divulgación*, Madrid: Marcial Pons, 1993.
- Pagenberg, Jochen / Geissler, Bernhard, *Lizenzverträge. Patente, Gebrauchsmuster, Know-how, Computer Software. Kommentierte Vertragsmuster nach deutschen und europäischen Recht*, 3. Aufl., Köln: Heymanns, 1991.
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 56. Aufl., München: Beck, 1997.
- Patterson, L. Ray / Lindberg, Stanley W., *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights*, Athens/London: The University of Georgia Press, 1991.
- Pearson, Hilary E., *Computer Contracts*, Deventer: Kluwer, 1984.
- Pereira, Alexandre Dias, *A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, CDC, Coimbra, 2000.
- , *Technodigital Property for Cyberspace: Copyright Issues of Electronic Commerce in the Information Society*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce*, IEEM, Kluwer, 2001.
- , *Bases de Dados de Órgãos Públicos: O Problema do Acesso e Exploração da Informação do Sector Público na Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, FDUL/APDI.
- , *Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador*, in *Direito Industrial*, FDUL/APDI.
- , *Circuitos Integrados: Protecção Jurídica das topografias de Produtos Semicondutores*, in *Direito Industrial*, FDUL/APDI.
- , *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança*

- Jurídica*, Almedina: Coimbra, 1999 (169 pp.).
- , *Internet, direito autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 1999, p. 263-273.
- Pereira, Alexandre Dias, *Media Analysis and Copyright*, in *Media e Copyright: How to Harmonize a European Issue*, EMAA, Stintino, 1997, p. 86-91.
- , *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 de 1995/1996)*, Coimbra, 1996.
- Pereira, Ana Leonor, *A institucionalidade contemporânea e a "utopia" de Bentham*, Porto, 1990 [Separata da Revista de História — Centro de História da Universidade do Porto, Vol. X — Porto, 1990, p. 169 a 177].
- Pereira, Miguel Baptista, *Filosofia da Comunicação Hoje*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, p. 49.
- Perritt, Jr., Henry H., *Law and the Information Superhighway*, New York: Wiley, 1996.
- Pethig, *Information als Wirtschaftsgut in wirtschaftswissenschaftlicher Sicht*, in Fiedler/Ulrich (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, p. 1.
- Procuradoria Geral da República, *Parecer n.º 4/92, de 28 de Maio*, in Rebello (coord.), *Comunicação pública*, p. 35.
- Phillips, Lothar, *Von nervösen und phlegmatischen Rechtsbegriffen — Ein Beitrag zur Rechtstatsachenforschung*, in Tinnefeld/Phillips/Heil (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, p. 192.
- , *Ein bißchen Fuzzy Logic für Juristen*, Tinnefeld/Phillips/Weis (Hrsg.), *Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik*, München: Oldenburg, 1994, p. 219.
- , *Artificial Morality and Artificial Law*, in Berman/Hafner (eds.), *Artificial Intelligence and Law*, Boston, 1993, p. 51.
- , *Analogie und Computer*, in Alexy/Dreier/Neumann (Hrsg.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland Heute*, Stuttgart: Franz Steiner, 1991, p. 275.
- , *Vague Legal Concepts and Fuzzy Logic: An Attempt to Determine the Required Period of Waiting After Traffic Accidents*, Informatica e diritto, 1993, p. 37.
- , *Distribution of Damages in Car Accidentes Through the Use of Neural Networks*, *Cardozo Law Review*, 1991, p. 987.
- , *Tû-Tû 2. Von Rechtsbegriffen und neuronalen Netzen*, Phillips/Wittmann, *Rechtsentstehung und Rechtskultur, Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag*, Heidelberg: Decker&Müller, p. 179.
- Pickrahn, Günter, *Verwertungsgesellschaften nach deutschem und europäischem Kartellrecht*, Frankfurt a.M.: Lang, 1996.
- Piette-Coudol, Thierry / Bertrand, André, *Internet et la loi*, Paris: Dalloz, 1997.
- Pinckaers, Julius, *From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Personna*, The Hague: Kluwer, 1996.
- Pinner, H. I., *World Copyright*, I, Leyden: Suthoff, 1953.
- Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a edição act., 6.^a reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- , *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: Atlântida, 1970 (reimp., Coimbra: Almedina, 1982).
- , *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, Coimbra: s/, 1960,

- e Coimbra, 1963 [Separata BFD, Suplemento vol. 14].
- Pinto, Paulo Mota, Pinto, *Sobre alguns problemas jurídicos da Internet*, in *As telecomunicações e o direito na sociedade da informação*, p. 349.
- Pinto, Paulo Mota, Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995.
- Piola-Caselli, Eduardo / Arienzo, Alfredo / Bile, Franco, *Diritti d'autore*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torinese, p. 669.
- Plaisant, Robert, *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, Paris: Delmas, 1979.
- Ploman, Edward / Hamilton, Clark, *Copyright: Intellectual Property in the Information Age*, London: Routledge, 1980.
- Pollaud-Dulian, Frédéric, *L'authenticité de la qualité d'auteur et de l'oeuvre* (France), in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 201.
- , *Le droit de destination: le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris: LGDJ, 1989.
- Porter, Vincent, *Beyond the Berne Convention. Copyright, Broadcasting and the Single European Market*, London: Libbey, 1991.
- Posner, Richard A., *Law and Literature*, Revised and Enlarged Edition, Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- Pötzsch, Thorsten, *Die rechtliche Einheit von Hardware und Software*, Berlin: Duncker & Humblot, 1991.
- Poulet, Yves, *Les problèmes juridiques particuliers nés de la multiplicité de prestations*, in Coipel, *Le Droit des 'Contrats Informatiques'*, p. 126.
- Poulet, Pierre, *Contrats portant sur la fourniture de logiciels*, in Coipel, *Le Droit des 'Contrats Informatiques'*, p. 336.
- Pres, Andreas, *Urheberrechtliche Software-Lizenzverträge*, Köln: Schmidt, 1994.
- Prime, Terence, *The Law of Copyright*, London: Fourmat, 1992.
- Problemi Attuali del Diritto Industriale*, Milano: Giuffrè, 1977.
- Propriétés Intellectuelles*, Mélanges en l'honneur de André Françon, Paris: Dalloz, 1995.
- Puente García, Esteban, *Los procesos actuales de integración internacional*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 69.
- Püschel, Heinz, *Urheberrecht. Eine Einführung in das Urheberrecht — mit dem TRIPS-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums*, Freiburg: Haufe, 1997.
- Queiró, Afonso Rodrigues, *Lições de Direito Administrativo*, I, II, Coimbra: polic., 1959.
- Quintanilla Madero, Carmen, *Algunas consideraciones sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 861- 876.
- Raynard, Jacques, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Paris: Litec, 1990.
- Rava, Tito, *Diritto industriale*, I, II, Torino: UTET, 1988.
- Ramos, Rui Moura, *Das Comunidades à União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- Raposo, Mário, *Autor (Direitos de)*, in *Verbo Enciclopédia Luso-Brasileira*, III, p. 72, Lisboa: Verbo.
- Rebello, Luiz Francisco, *Telecomunicações e Direito de Autor*, in *As Telecomunicações e o direito*

- na sociedade da informação, p. 203.
- , *Multimedia — Portugal*, in Mestmäcker/Schulze, *Kommentar zum deutschem Urheberrecht*, B. II, T. IV.
- Rebello, Luiz Francisco, *Introdução ao Direito de Autor*, I, Lisboa: SPA/D. Quixote, 1994.
- , *Gestão colectiva: génese e funções*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, p. 793.
- , *O problema da comunicação de emissões de rádio e televisão em lugares públicos na perspectiva do direito de autor*, in Rebello (coord.), *Comunicação pública e emissões de rádio e televisão*, p. 11.
- , *Alterações ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos* (Lei n.º 114/91, Anotada e seguida de legislação complementar), Lisboa, Petrony, 1992.
- , *Gestão colectiva do direito de autor*, in *Direito de autor: gestão prática e judiciária*, p. 59.
- , *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Anotado*, Lisboa: Petrony, 1985.
- , *Protecção Jurídica dos Programas de Computador*, in *Memórias da Academia das Ciências de Lisboa*, Comunicação apresentada à Classe de Letras, na sessão de 26 de Janeiro de 1984, p. 201.
- Rebello, Luiz Francisco (coord.), *Comunicação Pública de Emissões de Rádio e Televisão*, SPA/Dom Quixote, Lisboa, 1993.
- Recht, Pierre, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété (Histoire et théorie)*, Paris, LGDJ, 1969.
- Rehbinder, Manfred, *Urheberrecht*, 9. Aufl., München: Beck, 1996.
- , *Soziologisches zum Information Highway*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 87.
- , *Schweizerisches Urheberrecht*, 2. Aufl., Bern: Stämpfli, 1996.
- Reinbothe, Jörg, *The European Union's approach to copyright regarding the Global Information Infrastructure*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 35.
- , *Geistiges Eigentum in der Uruguay-Runde des GATT: Materiellrechtliche Aspekte aus der Sicht der EG*, in Hilf/Oehler (Hrsg.), *Der Schutz des geistigen Eigentums in Europa*, p. 149.
- Reinbothe, Jörg / Lewinski, Silke von, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, London: Sweet & Maxwell, 1993.
- Rennie, Michele, *Computer Contracts Handbook. Precedents of Contracts for the Sale, Purchase, Support, Distribution and Licence of Computer and Computer Software*, London: Sweet & Maxwell, 1985.
- Ribeiro, J. Sousa, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Almedina, 1999.
- , *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, 1990 [Separata BFD, Suplemento].
- Ricketson, Sam, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London: Kluwer, 1987.
- Rintelen, Max, *Urheberrecht und Urhebervertragsrecht (nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht)*, Wien: Springer, 1958.
- Ristuccia, Renzo / Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Il software nella dottrina e nella giurisprudenza (con 40 decisioni di giudici italiani)*, Padova: Cedam, 1990.
- Robertson, Aidan, *Recent Developments in EEC Intellectual Property Legislation*, in Barav/Wyatt (eds.), *Yearbook of European Law*, p. 175.

- Robertson, Renald, *Legal Protection of Computer Software*, London: Longman, 1990.
- Rocha, Manuel Lopes / Macedo, Mário, *Direito no Ciberespaço (seguido de um glossário de termos e abreviaturas)*, Lisboa: Cosmos, 1996.
- Rocha, Manuel Lopes / Cordeiro, Pedro, *A protecção jurídica do software*, 2.^a ed., Lisboa: Cosmos, 1995.
- Rocha, Manuel Lopes, *Direito da Informática nos Tribunais Portugueses (1990-1998)*, Matosinhos/Lisboa: Centro Atlântico, 1999.
- , *Contratos de licença de utilização e contratos de encomenda de 'software'*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 695.
- , *Do Direito da Informática em Geral ao Direito da Informática em Portugal (estudo introdutório)*, in *Direito da Informática*, p. 38.
- Rocha, Maria Victoria, *Multimédia e Direito de Autor: Alguns Problemas*, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XVII 1996, Madrid: Universidad de Santiago de Compostela/Marcial Pons, 1997, p. 175.
- Rodriguez Tapia, Jose Miguel, *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Madrid: Marcial Pons, 1992.
- Rogel Vide, Carlos, *Obras "Multimedia" en Soporte Material y Propiedad Intelectual*, in *Sociedade da Informação*, p. 93.
- , *Los derechos de alquiler y préstamo en la directiva del Consejo de la Comunidad Europea de 19 de noviembre de 1992*, in *La Armonización de los Derechos de Propiedad Intelectual*, p. 61.
- , *Contratos de derecho de autor. Figuras específicas o Derecho común? La cuestión en relación con el contrato de edición en el Derecho español*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 361.
- , *Autores, coautores, y propiedad intelectual*, Madrid: Marcial Pons, 1984.
- Roppo, Enzo, *I diritti della personalità*, in Alpa/Bessone (a cura di), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, p. 61.
- Roszbach, Claudia, *Die Vergütungsansprüche im deutschen Recht*, Baden-Baden: Nomos, 1990.
- Rosnagel, Alexander, *Recht der Multimedia-Dienste. Kommentar*, München: Beck, 1999.
- Roussel, Ghislain (ed.), *Protection des auteurs et artistes interprètes par contrat*, ALAI Congrès 97, Cowansville: Yvon Blais, 1998.
- Ruppelt, Martin, *Die Überlassung von Computerprogrammen — Vertragstypenzuordnung und besondere Formen der Gewährleistung*, Baden-Baden: Nomos, 1990.
- Sá, José Almeno de, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Coimbra: Almedina, 1999.
- , *Liberdade no direito de autor: a caminho das condições gerais do contrato*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 377.
- Saavedra, Rui, *A protecção jurídica do software e a Internet*, Lisboa: SPA/D. Quixote, 1998.
- Samuels, Jeffrey M. (ed.), *Patent, Trademark and Copyright Laws*, Washington DC: The Bureau of National Affairs, 1996.
- Samuelson, Pamela, *The Future of the Information Society and the Role of Copyright in It*, I.I.P., 1998.
- , *Comments on Gerald Dworkin's Article on Copyright, Patent or Sui Generis Protection for Computer Programs*, in Hansen (ed.), *International Intellectual Property Law &*

- Policy*, p. 183.
- Sanctis, Valerio de, *Autore (diritto di; diritti connessi)*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milano: Giuffrè, 1964, p. 379, p. 431.
- Santilli, Marina, *Il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Milano: Giuffrè, 1988.
- Santoro-Passarelli, Francesco (dir.), *Proprietà Privata e Funzione Sociale*, Padova: Cedam, 1976.
- Santos, Almeida, *Ensaio sobre o direito de autor*, Coimbra, 1955.
- Saunders, David, *Authorship and Copyright*, London: Routledge, 1992.
- Sapalo, Ignacio, *Recent Developments in Intellectual Property Law and Administration in Asean Countries*, Kuala Lumpur: AIPA, 1998.
- Sarzana, Carlo, *Informatica e diritto penale*, Milano: Giuffrè, 1994.
- Schack, Haimo, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Tübingen: Mohr, 1997.
- Schaming, Bernard, *Le droit du logiciel*, Paris: Litec, 1990.
- Schertz, Christian, *Merchandising*, München: Beck, 1997.
- Schlatter, Sibylle, *La presentación visual de programas de ordenador*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 681.
- , *Der Rechtsschutz von Computerspielen, Benutzeroberflächen und Computerkunst*, in Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, p. 169.
- Schmid, Beat, *Der Information Highway als Infrastruktur der Informationsgesellschaft*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 65.
- Schmidt-Szalewski, Joanna, *Droit de la propriété industrielle*, 2. ed., Paris: Dalloz, 1991.
- Schneider, Jochen, *Praxis des EDV-Rechts. Recht der Beschaffung, des Betriebs, der Wartung und Pflege von Computeranlagen und -programmen, insbesondere EDV-Vertragsrecht*, Köln: Schmidt, 1990.
- Schneider, Jörg, *Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht*, München: Beck, 1988.
- Schricker, Gerhard (Hrsg.), *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft* (Von Thomas Dreier, Katzenberger, Silke v. Lewinski, Gerhard Schricker), Baden-Baden: Nomos, 1997.
- , *Urheberrecht. Kommentar*, München: Beck, 1987.
- Schroeder, Dirk, *Computer Software Protection and Semiconductorchips*, London: Butterworths, 1990.
- Schulze, Marcel (Hrsg.), *Leitfaden zum Urheberrechts des Künstlers*, Neuwied: Luchterland, 1997.
- Schwarz, Matthias, *Urheberrecht im Internet*, in Becker (Hrsg.), *Rechtsprobleme internationaler Datennetze*, p. 13.
- Schweyer, Stefan, *Die Zweckübertragungstheorie im Urheberrecht*, München: Beck, 1982.
- Scott, Michel, *Multimedia: Law and Practise*, New York: Prentice Hall, 1993.
- Sédallian, Valérie, *Droit de l'Internet*, Paris: Net Press, 1997.
- Sena, Giuseppe, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1990.
- Serens, Manuel Nogueira, *A vulgarização da marca na directiva 89/104/CEE de 21 de Dezembro de 1988 (id est, no nosso direito futuro)*, Coimbra, 1995 [Separata BFD — «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia»].
- , *Notas sobre a sociedade anónima*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- , *A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou protecção (de alguns)*

- dos concorrentes?, Coimbra, 1994 [Separata BCE].
- , *Direito da concorrência e acordos de compra exclusiva (práticas nacionais e práticas comunitárias)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- Serens, Manuel Nogueira, *A tutela das marcas e a liberdade de concorrência (alguns aspectos)*, I, Coimbra: dact., 1990.
- Sherman, Brad / Strowel, Alain, *Of Authors and Origins. Essays on Copyright Law*, Oxford: Clarendon, 1994.
- Sieber, Ulrich, *Haftung für Online-Datenbanken*, in Fiedler (Hrsg.), *Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens*, p. 69.
- Sieber, Ulrich (ed.), *Liability for On-line Data Bank Services in the European Community*, Köln: Heymann, 1992.
- Siefarth, Christof, *US-amerikanisches Filmurheberrecht. Schützfähigkeit, Urheberrechts-Inhaberschaft und die kollisionsrechtliche Anknüpfung bei US-amerikanischen Filmwerken nach dem Beitritt der USA zur Berner Übereinkunft*, Baden-Baden: Nomos, 1991.
- Silva, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra: Almedina, 1990.
- Silva, Libório / Remoaldo, Pedro, *Introdução à Internet*, 2.^a ed., Lisboa: Presença, 1996.
- Silva, Pedro Sousa e, *Direito comunitário e propriedade industrial. O princípio do esgotamento dos direitos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- Simitis, Spiros, *Vom Markt zur Polis: Die EU-Richtlinie zum Datenschutz*, in Tinnefeld/Philipps/Heil (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, p. 51-70.
- Sirinelli, Pierre, *Les droits économiques concernés (France)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 108.
- Slongo, Doris, *Der Softwareherstellungsvertrag*, Zürich: Schulthess, 1991.
- Smith, Gordon V. / Parr, Russell L., *Intellectual Property*, 2nd ed., New York (et al.): John Wiley, 1998.
- Smith, N.A., *Copyright and technical protection devices (USA)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 416.
- Soares, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra: Atlântida, 1969.
- Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos*, APDI, Coimbra: Almedina, 1999.
- Sorkin, Bernard, *The EEC Directive on Satellite Broadcasting and Cable Retransmission*, in Hansen (ed.), *International Intellectual Property Law & Policy*, p. 213.
- Sousa, Rabindranath Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- Spence, M., *Intellectual Property Law*, London: Kammicks, 1995.
- Spoor, Jaap, *The Economic Rights Involved (General Report)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 41.
- , *The Copyright Approach to Copying on the Internet: (Over)Stretching the Reproduction Right?*, in Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 67.
- Stewart, Stephen M., *International Copyright Law and Neighbourings Rights*, 2nd ed., London: Butterworths, 1989.
- Stim, Richard, *Intellectual Property. Patents, Trademarks and Copyrights*, New York: Delmar, 1994.

- Stone, Peter, *Copyright Law in the United Kingdom and the European Community*, London, 1990.
- Straus, Joseph (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums*, Köln 1996 [Festgabe für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag].
- Strowel, Alain, *La protection des personnages par le droit d'auteur et le droit des marques*, in *Droit d'auteur et bande dessinée*, p. 37.
- , *Droit d'auteur and Copyright: between History and Nature*, in Sherman/Strowel, *Of Authors and Origins*, p. 235.
- , *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*, Bruxelles: Bruylant, 1993.
- Strowel, Alain / Triaille, Jean Paul, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimedia*, Bruxelles: Bruylant, 1997.
- Stumpf, Herbert, *Der Lizenzvertrag*, 5. Aufl., Heidelberg: VRW, 1984.
- Sucker, Michael, *The Software Directive — Between the Combat Against Piracy and the Preservation of Undistorted Competition*, in Lehmann/Tapper (eds.), *A Handbook of European Software Law*, p. 11.
- Strömholm, Stig, *Copyright*, Tübingen: Mohr, s/d.
- Taylor, Richard, *Consumer Protection in the Telecommunications Field*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, p. 389.
- Tapper, Colin, *The European Software Directive: The Perspective from the United Kingdom*, in Lehmann/Tapper (eds.), *A Handbook of European Software Law*, p. 143.
- Taeger, Jürgen, *Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme*, Tübingen: Mohr, 1995.
- Tapscott, Don, *Economia Digital*, São Paulo: Makron Books, 1997.
- Tavares, José, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, II, Coimbra, 1928.
- Teubner, Gunther, *O direito como sistema autopoiético*, trad. e pref. Engrácia Antunes, Lisboa: FCB.
- Teufel, Fritz, *Patentschutz für Software im amerikanisch-europäischen Vergleich*, in Fiedler/Ullrich (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, p. 183.
- The Conference on Fair Use, Report to the Commissioner on the Conclusion of the First Phase of the Conference on Fair Use*, September 1997 (Bruce Lehmann).
- Thomasset, Claude / Bourcier, Danièle (dir.), *Interpréter le droit: le sens, l'interprète, la machine*, Bruxelles: Bruylant, 1996.
- Thunis, Xavier, *Les clauses particulières au contrat de maintenance de logiciel*, in Coipel, *Le Droit des 'Contrats Informatiques'*, p. 399.
- Tinnefeld, Marie-Theres / Phillips, Lothar / Heil, Susanne (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, Baden-Baden: Nomos, 1995.
- Tissot, Nathalie, *La protection juridique du contenu des autoroutes de l'information*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 199.
- Tommaso, Bruno, *Diritti d'autore*, in *Il Digesto Italiano*, IX, p. 548, Torino: Unione TIP, 1898-1901.
- Toubol, Frédérique, *Le logiciel: analyse juridique*, Paris: LGDJ, 1986.
- Triaille, Jean-Paul, *La protection des idées par des moyens différents du droit d'auteur, en particulier par le regime juridique de la concurrence déloyale*, in *La protection des*

- idées*, p. 385.
- Troller, Alois, *Immaterialgüterrecht (Patentrecht, Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht)*, I, II, 3. Aufl., Basel: Helbing, 1983-1985.
- , *Das Verlagsvertrag*, Zürich: Schulthess: Zürich, 1976.
- Ukrow, Jörg, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH (Dargestellt am Beispiel der Erweiterung des Rechtsschutzes und der Staatshaftung)*, Baden-Baden: Nomos, 1995.
- Ulmer, Eugen, *Copyright and Industrial Property (General questions; The International Conventions)*, Tübingen: Mohr, 1987.
- , *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Auf., Berlin: Springer, 1980.
- Vandenbergh, Guy, *European Perspectives*, in Sieber (ed.), *Liability for On-Line Data Bank Services*, p. 387.
- Vandoren, Paul, *Copyright and Related Rights in the Information Society*, in Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 153.
- Vanhees, Hendrik, *Een juridische analyse van de grondslagen, inhoud en draagwijdte van auteursrechtelijke exploitatiecontracten*, Brussel: Bruylant, 1993.
- Van Isacker, *De morele rechten van de auteur*, Bruxelles: Larcier, 1961.
- Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em geral*, I, 8 ed., Coimbra: Almedina, 1994.
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Protecção de dados pessoais e direito à privacidade*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, p. 241.
- , *Contratos atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995.
- Veloso, José António, *A informática no direito de autor. Alguns aspectos de uma revolução sem termo à vista*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, p. 355.
- , *Portugal*, in Jongen/Meijboom (eds.), *Copyright Software Protection in the EEC*, p. 185.
- Veloso, Maria Manuel, *A encomenda de obra intelectual no contexto das relações entre o direito comunitário e o direito civil*, Coimbra: dact., 1997.
- Vega Vega, José António, *Derecho de Autor*, Madrid: Marcial Pons, 1990.
- Verstrynge, Jean-François, *Protecting Intellectual Property Rights Within the New Pan European Framework*, in Lehmann/Tapper (eds.), *A Handbook of European Software Law*, p. 1.
- Vieira, José Alberto Coelho, *Notas gerais sobre a protecção dos programas de computador em Portugal*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, p. 73.
- , *Pluralidade de autores, pluralidade de obras e criação de obra protegida pelo direito de autor*, Lisboa: dact., 1993.
- , *A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português*, Lisboa: AAFDL, 1992.
- Vinje, Thomas, *The Legislative History of the EEC Software Directive*, in Lehmann/Tapper (eds.), *A Handbook of European Software Law*, p. 39.
- Viricel, André, *Le droit des contrats de l'informatique*, Paris: Litec, 1984.
- Visser, Dirk, *Copyright Exemptions Old and New: Learning from Old Media Experiences*, in Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, p. 49.
- Vitorino, António de Macedo, *A eficácia dos contratos de direito de autor (Contributo para uma teoria geral da natureza jurídica das transmissões, onerações e autorizações de*

- exploração das obras intelectuais), Coimbra: Almedina, 1995.
- , *As licenças: uma análise de direito português e de direito comparado*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, p. 407.
- Vivant, Michel / Le Stanc, Christian / Rapp, Lucien / Guibal, Michel, *Lamy droit informatique: informatique, télématique, reseaux* (sous la responsabilité de Michel Vivant), Paris: Lamy, 1992.
- Vivant, Michel (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Paris: Ellipses, 1997.
- , *La protection du logiciel en Europe*, Paris: Litec, 1989.
- Vivant, Michel, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in *Propriétés Intellectuelles*, p. 415.
- , *The Impact of Community Harmonization of Copyright in Multimedia*, in *Legal Aspects of Multimedia and GIS*, p. 39.
- , *Le contrat dit de tear-me-open*, in Martino (a cura), *La tutela giuridica del software*, p. 97.
- Wadle, Elmar, *Geistiges Eigentum (Bausteine zur rechtsgeschichte)*, Weinheim: VCH, 1996.
- Wandtke, Artur-Axel (Hrsg.), *Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa. Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten, Teil I: Bulgarien, Polen, Rumänien, Russische Föderation, Slowenien*, Berlin: Berlin Verlag, 1997.
- Wandtke, Artur / Bulliner, Winfried, *Fallsammlung zum Urheberrecht. Mit Mustertexten für die Praxis*, Weinheim (et. al.): Wiley-VCH, 1999.
- Wank, Rolf, *Die juristische Begriffsbildung*, München: Beck, 1985.
- Weber, Rolf, *Wirtschaftrechtliche Ordnung des Information Highway / Zivilrechtliche Haftung aus dem Information Highway*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 117, p. 531.
- Weinmann, Conrad, *Die Rechtsnatur der Lizenz*, Bern: Stämpfli., 1996.
- Wenzel, Karl E., *Urheberrecht für die Praxis*, 3. Aufl., Stuttgart: Schäffer/Poeschel, 1996.
- Weßling, Bernhard, *Der zivilrechtliche Schutz gegen digitales Sound-Sampling (Zum Schutz gegen Übernahme kleinster musikalischer Einheiten nach Urheber —, Leistungsschutz —, Wettbewerbs- und allgemeinem Persönlichkeitsrecht)*, Baden-Baden: Nomos, 1995.
- Westermann, Harm Peter, *Grundbegriffe des BGB*, 14. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 1994.
- White, Stewart / Bate, Stephen / Johnson, Timothy, *Satellite Communications in Europe (Law and Regulation)*, London: Longman, 1994.
- Wiebe, Andreas, *Information als Schutzgegenstand im System des geistigen Eigentums*, in Fiedler/Ullrich (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, p. 93.
- , *Know-how-Schutz von Computersoftware (Eine rechtsvergleichende Untersuchung der wettbewerbsrechtl. Schutzmöglichkeiten in Deutschland und den USA)*, München: Beck, 1993.
- WIPO, *Premier on Electronic Commerce and Intellectual Property Rights*, Geneve, May 2000.
- Wittweiler, Bernhard, *Die Kollektive Verwertung im Zeitalter des Information Highway*, in Hilty (Hrsg.), *Information Highway*, p. 281.
- Wohlgemuth, Hans H., *Datenschutzrecht*, 3. Aufl., Neuwied: Luchterhand, 1997.

Xavier, Vasco da Gama Lobo, *Direito Comercial*, Coimbra: polic., 1977-78.

- Zanger, Georg, *Urheberrecht und Leistungsschutz im digitalen Zeitalter*, Wien: Orac, 1996.
- Zellmeier-Neunteufel, Marianne, *Der Lizenzvertrag im Technologietransfer mit den Andenpaktstaaten: dogmatische Einordnung und Grenzen der Abschlußfreiheit (vergleichende Betrachtung zum deutschen Recht)*, München: Oldenburg, 1992.
- Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Le leggi sulla tutela dei programme per elaboratore in Italia e nel mondo*, Padova: Cedam, 1990.
- , *Legal Protection of Computer Software in Australia, Japan, Great Britain, France and the Federal Republic of Germany: the prospects for legislative action in Italy*, in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, II, p. 1281.
- , *Consumatore (tutela del)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*.
- Ziegler, Jean-Alexis, *Nuevos horizontes de la gestión colectiva*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, p. 819.
- Zippelius, Reinhold, *Rechtsphilosophie (Ein Studienbuch)*, 3. Aufl., München: Beck, 1994.
- , *Juristische Methodenlehre (Eine Einführung)*, 6. Aufl., München: Beck, 1994.
- Zoellner, Wolfgang, *Informationsordnung und Recht*, Berlin: Gruyter, 1990.

2. Publicações Periódicas

- Abreu, Coutinho de, *L'européanisation du concept d'entreprise*, RIDE 1995, p. 9.
- Alpa, Guido, *L'applicazione delle tecnologie informatiche nel campo del diritto*, DII 1996, p. 515.
- , *I contratti informatici della P.A. (note sul d. lgs. n. 39 del 1993)*, DII 1993, p. 627 (= CI 1993, p. 65).
- , *I contratti di utilizzazione del «computer»*, GI 1983, IV, p. 42.
- Alves, J. M. Caseiro, *Sobre o possível 'efeito directo' das directivas comunitárias (a propósito do Acórdão 'Cohen-Bendit' do Conselho de Estado Francês)*, RDE 1983, p. 215.
- Anderson, Mark, *Liability for defective software: where should the line be drawn*, ApCCL 10/1992, p. 4.
- Aoki, Keith, *(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes Toward a Cultural Geography of Authorship*, Stanford LR 1996, p. 1293.
- Arnold, A. Ward, *Implementation of the Software Directive under UK Law*, ApCCL 9/1992, p. 2.
- Arnold, Dirk, *Verbraucherschutz im Internet*, CR 1997, p. 526.
- Arriola, Trinnie, *Software Copyright Infringement Claims After May Systems v. Peak Computer*, Washington LR 1994, p. 405.
- Ascensão, José de Oliveira, *Hyperlinks, Frames, Metatags: A segunda geração de referências na Internet*, www.digital-forum.net/Jurinet.
- , *O Direito de Autor no Ciberespaço*, www.digital-forum.net/Jurinet.
- , *A recente lei brasileira dos direitos autorais, compilada com os novos tratados da OMPI*, www.digital-forum.net/Jurinet.
- , *Direitos de autor e conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público*, ROA 1998, p. 1063.
- , *Propriedade e posse: reivindicação e reintegração*, RLAD, 1/1997, p. 9.

- , *O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal*, ROA 1996, p. 5.
- , *El derecho de autor hoy. Publicaciones periódicas y obra colectiva*, RFDUCM 1994, p. 211 («=» ROA 1994, p. 5).
- , *A segunda versão do projecto de Código da Propriedade Industrial: Anexo (projecto oficial de um novo Código da Propriedade Industrial)*, RFD 1992, p. 37.
- Ascensão, José de Oliveira, *Direito de distribuição e esgotamento*, ROA 1991, p. 625.
- , *Territorialidade dos direitos de autor e conexos e direito comunitário*, ROA 1990, p. 313.
- , *A protecção jurídica dos programas de computador*, ROA 1990, p. 69.
- , *A <compensação> em contrapartida de utilizações reprográficas indiscriminadas de obras protegidas*, RFD 1990, p. 211.
- , *A protecção do título 24 horas (Parecer)*, RFD 1989, p. 577.
- , *Direito à informação e direito ao espectáculo*, ROA 1988, p. 15.
- , *Os direitos conexos ao direito de autor e as situações nacionais*, RJ 8/1986, p. 7.
- , *O regime do contrato de tradução*, RFD 1985, p. 51.
- , *Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena*, RDJ 1980, p. 91.
- , *Projecto de uma lei sobre direitos conexos ao direito de autor*, ROA 1978, p. 597.
- Barbosa, Denis Borges, *Logiciel et droit d'auteur: un mariage de déraison*, Dd'A 1988, p. 205.
- Barbry, Eric, *Le droit du commerce électronique: de la protection... à la confiance*, DIT 2/1998, p. 14.
- Barret, David, *EC Policy on Intellectual Property and Standardization: the Impact on the Computer and Telec Industries*, CL&P 1992, p. 46.
- Bartsch, Michael, *Der Verschrottungsvertrag*, CR 1993, p. 616.
- , *Softwareüberlassung — was ist das?*, CR 1992, p. 393.
- Batalla, Enrique, *Spain Implements the Software Directive*, CL&P 1994, p. 105.
- Bechtold, Stefan, *Multimedia und Urheberrecht — einige grundsätzliche Anmerkungen*, GRUR 1988, p. 18.
- , *Der Schutz des Anbieters von Information — Urheberrecht und Gewerblicher Rechtsschutz im Internet*, ZUM 1997, p. 427.
- Becker, Jürgen, *Neue Übertragungstechniken und Urheberschutz*, ZUM 1995, p. 231.
- Beier, Friedrich-Karl, *The Principle of «Exhaustion» in National Patent and Copyright Law of Some European Countries*, RFD 1991, p. 71.
- Benycar, David, *Mathematical Algorithm Patentability: Understanding the Confusion*, Rutgers LJ 1993, p. 129.
- Benn, Marvin / Superfine, Richard, § 117 — *The Right to Adapt into the Fourth Generation and the Source Code Generator's Dilemma*, JCIInFL 1994, p. 537.
- Bercovitz, Alberto, *Vermögensrechte in den Informationsautobahnen*, GRUR Int. 1996, p. 1010.
- , *Liens entre la Convention de Berne et le droit de la propriété intellectuelle en Espagne*, Dd'A 1986, p. 303.
- Bercovitz Rodriguez-Cano, Rodrigo, *La responsabilidad para los daños causados por des productos defectuosos en el Derecho Español: la adaptación a la directiva 85/374/CEE*,

- ERPL 1994, p. 225.
- Berger, Christian, *Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11.3.1996*, GRUR 1997, p. 169.
- Bergmans, B., *Réflexions méthodologiques sur la nature juridique des <contrats informatiques et télématiques>*, DI 3/1987, p. 164.
- Besarovic, Vesna, *La protection juridique des programmes d'ordinateur*, Dd'A 1987, p. 146.
- Betten, Lieck, *Protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur en République fédérale d'Allemagne*, Dd'A 1986, p. 311.
- Bettina, Hubo, *La titularité des droits d'auteur sur les logiciels écrits par un salarié: situation en France, en Belgique et aux Pays-Bas*, DIT 3/1986, p. 151.
- Beutler, Stephan, *The Protection of Multimedia Products under International Copyright Law*, UFITA 1997, p. 5.
- Bierce, William, *Lotus v. Borland — the spreadsheet wars: macros, menus & interoperability*, CL&P 1993, p. 154.
- Bigelow, Robert, *United States Software Protection Developments: a Summary*, CL&P 1994, p. 133.
- , *Software Protection in the United States*, CL&P 1993, p. 128.
- Blomquist, Jørgen, *Copyright and Software Protection*, RIDA 1992, p. 3.
- Blume, Peter, *An EEC Policy for Data Protection*, CLJ 1992, p. 399.
- Bonet, Georges, *Propriétés Intellectuelles*, RTDE 1998, p. 591.
- , *Propriétés Intellectuelles*, RTDE 1984, p. 299.
- Boor, Henri de, *La notion de droit moral, son évolution en Allemagne*, Da'A 1951, p. 87.
- Bortloff, Nils, *Tonträgersampling als Vervielfältigung*, ZUM 1993, p. 476.
- Boyle, James, *Intellectual Property Policy Online: A Young Person's Guide*, Harvard JOLT 1996, p. 47.
- Boytha, György, *La législation relative aux contrats d'auteur dans les pays suivant la tradition juridique de l'Europe continentale*, Dd'A 1991, p. 208.
- , *Ansätze für das Urhebervertragsrecht in der Revidierten Berner Übereinkunft*, ZfRV 1987, p. 179.
- Braggion, Antonio, *La validità di clausole che limitano od escludono la responsabilità nei contratti per la fornitura di software: una rassegna di recenti pronunzie nella giurisprudenza europea*, RDI 1989, p. 217.
- Braunschweig, Bernhard von, *Software bei Unternehmenskauf*, CR 1994, p. 193.
- Brewer, Scott, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Harvard LR 1996, p. 923.
- Brisch, Klaus, *EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr*, CR 1999, p. 235.
- Brock, Fabrizio, *Sul software in relazione al diritto di autore con particolare riguardo al programma oggetto*, RDI 1990, p. 421.
- Bronze, Fernando José, *As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomia)*, BFD 1997, p. 81.
- , *A problemática da reflexão juscomparatística (Uma rápida visita, ou... algumas notas para o roteiro de uma peregrinação)*, Dereito 1997, p. 55 [Separata].
- , *O Visconde de Seabra (um exercício de memória)*, BFD 1995, p. 571 [Separata].
- , *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodológica*, BFD 1993, p. 177 [Separata].

- Brown, Jack E., *The Protection of High Technology Intellectual Property*, CLJ 1991, p. 29.
- Burk, Dan L., *Patents in Cyberspace: Territoriality and Infringement on Global Computer Networks*, Tulane LR 1993, p. 1.
- Cameron, Jonathan, *Approaches to the Problems of Multimedia*, EIPR 1996, p. 115.
- Campolini, Emanuel, *Numérisation et communication de programmes audiovisuels: examen de certains aspects touchant au droit de propriété intellectuelle*, DIT 3/1996, p. 31.
- Caprioli, Eric A., *Sécurité et confiance dans le commerce électronique (signature numérique et autorité de certification)*, JCP 1998, p. 583.
- , *Aspects juridiques du concept d'Editerms*, DIT 1/1994, p. 14.
- , *Contribution à la définition d'un régime juridique pour la conservation des documents: du papier au message électronique*, DIT 3/1993, p. 5.
- Carvalho, Orlando de, *Introdução à Posse*, RLJ ano 122.º, n.º 3780 s.
- , *Les droit de l'homme dans le droit civil portugais*, BFD 1973, p. 1.
- Cassottana, Marco, *Sperimentazione in ambito privato e uso del know-how a fini industriali nella normativa sui programmi per elaboratore*, CI 1993, p. 1239.
- Cave, Martin / Cowie, Campbell, *Not Only Conditional Access (Towards a Better Regulatory Approach to Digital TV)*, C&S 1998, p. 77.
- Catala, Pierre, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1984, p. 97.
- Cerina, Paolo, *Contratti internazionali di informatica e legge applicabile: prime considerazioni*, DII 1994, p. 405.
- Chalton, Simon, *Standards of Originality and the Protection of Computer-Generated Works*, CL 5/1993, p. 9.
- Chaves, Antônio, *O Projecto Brasileiro do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos*, RFDSP 1971, p. 105.
- Chesler, Lawrence, *Contractual Issues in the Remarketing of Systems*, CL 1/1992, p. 3 (= CLJ 1991, p. 247).
- Christie, Andrew / Syme, Serena, *Patents for Algorithms in Australia*, Sydney LR, 1998, p. 517.
- Christie, Andrew, *Reconceptualising Copyright in the Digital Era*, EIPR 1995, p. 522.
- Clifford, Ralph, *Intellectual Property in the Era of the Creative Computer Program: Will the True Creator Please Stand Up?*, Tulane LR 1997, p. 1675.
- CNUDCI, *Un projet de règles uniformes pour l'EDI*, DIT 3/1993, p. 75.
- Cohen, Jehoram, *The EC Copyright Directives, Economics and Authors' Rights*, IIC 1994, p. 821.
- , *From Copyright Law to Information Law*, JCS 1987, p. 380.
- Cohen, Julie, *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 161.
- , *A Right to Read Anonymously: a Closer Look at 'Copyright Management in Cyberspace'*, Connery LR 1996, p. 981.
- , *Reverse Engineering and the Rise of Electronic Vigilantism: Intellectual Property Implications of 'Lock-Out' Programs*, California LR 1995, p. 1091.
- Cohen, Laurence, *Copyright, Multi-Media, Interoperability and Related Technologies — a Review*, CL&P 1993, p. 29.
- Comte, Henri, *Une étape de l'Europe du droit d'auteur: la Directive du 19 novembre 1992*

- relative au prêt et à la location*, RIDA 1993, p. 3.
- Corbet, Jan, *Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur*, RIDA 1991, p. 59.
- Cordeiro, Pedro da Costa, *A lei portuguesa do 'software'*, ROA 1994, p. 713.
- Cornish, William R., *Harmonisierung des Rechts der privaten Vervielfältigung in Europa*, GRUR Int. 1997, p. 305.
- Correa, Carlos M., *TRIPs Agreement: Copyright and Related Rights*, IIC 1994, p. 543.
- Correia, António de Arruda Ferrer, *Sobre a projectada reforma da legislação comercial*, ROA 1984, I, p. 21.
- Correia, A. Ferrer / Mesquita, M. Henrique, *Anotação*, ROA 1985, p. 129.
- Correia, António de Arruda Ferrer / Sá, Almeno de, *Direito de autor e comunicação pública de emissões de rádio e televisão*, BFD 1994, p. 1.
- , *Oferta pública de venda de acções e compra e venda de empresa (Parecer)*, CJ 1993, p. 15.
- Costa, José de Faria, *Les crimes informatiques et d'autres crimes dans le domaine de la technologie informatique au Portugal*, RIDP 1993, p. 517.
- Crown, Gilles, *Copyright and the Internet*, CL&P 1995, p. 171.
- Cunegatti, Beatrice, *La tutela delle opere multimediali in Italia nell'ambito della disciplina sul diritto d'autore*, DII 1998, p. 453.
- Cupis, Adriano de, *I tema di inadempimento del contratto d'edizione di opera collettiva*, Rassegna 1987, p. 294.
- Curtelin, Christophe, *L'utilisation des liens hypertexts des frames ou des meta-tags sur les sites d'entreprises commerciales*, DIT 1999/3, p. 6.
- Davies, Clive, *WIPO Treaties: The New Framework for the Protection of Digital Works*, CoL 1997, p. 45.
- , *Law and the Internet*, CL&P 1995, p. 106.
- , *An Introduction to Product Liability in the Computer Industry*, CL&P 1993, p. 99.
- , *An Introduction to Computer Contracts*, CL&P 1992, p. 54.
- Degenhart, Christoph, *Rundfunk und Internet*, ZUM 1998, p. 333.
- Desbois, Henri, *Le refus aux personnes morales de la qualité d'auteur*, D. 1976, p. 104.
- Desurmont, Thierry, *Qualification juridique de la transmission numérique*, RIDA 1996, p. 54.
- Dierk, Ralph / Lehmann, Michael, *Die Bekämpfung der Produktpiraterie nach der Urheberrechtsnovelle*, CR 1993, p. 537.
- Dietz, Adolf, *Die EU-Richtlinie zum Urheberrecht und zu den Leistungsschutzrechten in der Informationsgesellschaft*, ZUM 1998, p. 438.
- , *Die Schutzdauer-Richtlinie der EU*, GRUR Int. 1995, p. 670.
- , *The Artist's Right of Integrity Under Copyright Law — A Comparative Approach*, IIC 1994, p. 177.
- , *The Concept of Author under the Berne Convention*, RIDA 1993, p. 2.
- , *Les entités de gestion collective en droit d'auteur allemand et en droit communautaire*, RFD 1992, p. 305.
- , *Copyright in the Modern Technological World: a mere Industrial Property Right?*, JCS 1991, p. 83.

- , *Copyright Protection for Computer Programs: Trojan Horse or Stimulus for the Future Copyright System?*, UFITA 1989, p. 57.
- , *Mutation du droit d'auteur, changement de paradigme en matière de droit d'auteur*, RIDA 1988, p. 23.
- , *A Common European Copyright: is it an illusion?*, EIPR 1985, p. 215.
- , *Möglichkeiten der Harmonisierung des Urheberrechts in Europa*, GRUR Int. 1978, p. 101.
- Dillenz, Walter, *Harmonisierung des Rechts der Verwertungsgesellschaften in Europa*, GRUR Int. 1997, p. 315.
- Dixon, Allen/Self, Laurie, *Copyright Protection for the Information Superhighway*, EIPR 1994, p. 465.
- Dock, Marie-Claude, *Génèse et évolution de la notion de propriété littéraire*, RIDA 1974, p. 127.
- Doi, Teruo, *Public Transmission Rights Set to Extend Copyright Control Over Internet*, P&L 2/1998, p. 15 (Ū CUJ 1998, p. 59).
- , *1996 Amendment to Japan Copyright Act: wider protection for photo works & neighboring rights*, P&L 6/1997, p. 15.
- , *The attribution of authorship and ownership of copyright in works created by employees under Japanese Law*, P&L 12/1995, p. 24.
- , *The legal measures and collective efforts to suppress counterfeit goods in Japan*, P&L 4/1993, p. 7.
- , *Protection of music-copyright owners, performers and phonogram producers against private use of digital recording equipments: the 1992 Amendment of the Copyright Act*, P&L 2-8/1993, p. 7, 3/1994, p. 23.
- , *Copyright Problems in the High-Tech Age*, Waseda BCL 5/1986, p. 1.
- Donato, Barbara, *La responsabilità dell'operatore di sistemi telematici*, DII 1996, p. 135.
- D'Orazio, Roberto, *Il Codice Europeo di Autodisciplina Bancaria sul Pagamento Elettronico*, DII 1990, p. 863.
- D'Orazio, Roberto / Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Profili di responsabilità contrattuale e aquiliana nella fornitura di servizi telematici*, DII 1990, p. 421.
- Doutreloupont, Carine, *Das droit moral in der Europäischen Union*, GRUR Int. 1997, p. 293.
- Dragotti, Gualtiero, *Software, brevetti e copyright: le esperienze statunitensi*, RDI 1994, I, p. 539.
- Dreier, Thomas, *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft — Anpassung des Urheberrechts and die Bedürfnisse der Informationsgesellschaft*, GRUR Int. 1997, p. 859.
- , *TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums*, GRUR Int. 1996, p. 205.
- , *Authorship and New Technologies from the Viewpoint of Civil Law Traditions*, IIC 1995, p. 989.
- , *Der französische "Rapport Sirinelli" zum Urheberrecht und den neuen Technologien*, GRUR Int., 1995, p. 840.
- , *Die Umsetzung der Richtlinie zum Satelliterundfunk und zu Kabelerweiterung*, ZUM 1995, p. 458.

- , *Urheberrecht im Zeitalter digitaler Technologie*, GRUR Int. 1993, p. 742.
- , *Die Harmonisierung des Rechtsschutzes von Datenbanken in der EG*, GRUR Int. 1992, p. 739.
- , *Rechtsschutz von Computerprogrammen*, CR 1991, p. 577.
- , *The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs*, EIPR 1991, p. 319.
- Dupuis-Toubol, Frédérique / Vergne, François, *Le contrat de Facilities Management*, DIT 1/1993, p. 8.
- Dupuis-Toubol, Frédérique / Tonnelier, Marie-Hélène / Lemarchand, Stéphane, *Responsabilité civile et Internet*, JCP 1997, p. 640.
- Ebert, Oliver, *Die Vehrseite der 'kleinen Münze'*, CR 1994, p. 29.
- Edelman, Bernard, *L'oeuvre multimedia, un essai de qualification*, D. 1995, p. 112.
- , *Création et banalité*, D. 1983, p. 73.
- Effros, Walter, *Assaying Computer Associates v. Altai: How Will the 'Golden Nugget' Test Pan Out?*, Rutgers LJ 1993, p. 1.
- Eickmeier, Laris / Eickmeier, Jens, *Verkauf von Standardsoftware mit Installationsverpflichtung*, CR 1993, p. 73.
- Elkin-Koren, Niva, *Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract*, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 93.
- Endler, Maximilian / Daub, Jan, *Internationale Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht*, CR 1993, p. 601.
- Endtner, Stefan, *Internet — (k)ein urheberrechtlich ungeschützter Raum?*, NJW 1996, p. 975.
- Engel, Christoph, *Verbreitung digitaler Pay-TV-Pakete in fernsehkabelnetzen (Kabellrechtliche und medienrechtliche Überlegungen)*, ZUM 1997, p. 309.
- Engel-Flehsig, Stefan, *Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienstestaatsvertrag der Bundesländer*, ZUM 1997, p. 106.
- Ensthaler, Jürgen / Möllenkamp, Heinz, *Reichweite des urheberrechtlichen Softwareschutzes nach der Umsetzung der EG-Richtlinie zum Rechtsschutz der Computerprogramme*, GRUR 1994, p. 151.
- Ercolani, Stefania, *Il Nuovo Trattato dell'OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni ed i fonogrammi*, Dd'A 1997, p. 145.
- Ernst, Stefan, *Rechtliche Fragen bei der Verwendung von Hyperlinks im Internet*, NJW-CoR 1997, p. 224.
- Fabiani, Mario, *La Conferenza Diplomatica di Ginevra sul diritto d'autore e sui diritti degli artisti interpreti o esecutori e dei produttori di fonogrammi*, Dd'A 1997, p. 145.
- , *Chronique d'Italie*, RIDA 1994, p. 161.
- Favre-Bulle, Xavier, *Les systèmes de paiement dans la Communauté Européenne: perspectives juridiques dans l'optique de l'utilisateur*, DIT 4/1993, p. 17.
- Finocchiaro, Giusella, *Documento informatico e firma digitale*, CI 1998, p. 956.
- , *Documento elettronico*, CI 1994, p. 432.
- Fischer III, William W., *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, Harvard LR 1988, p. 1659.
- Flamée, Michel, *La brevetabilité du logiciel*, DIT 1/1986, p. 10.
- Flamée, Michel / Vanhees, H., *Une approche européenne de la protection des "chips"*, RIDE

- 1989, p. 51.
- Flehsig, Norbert, *EU-Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft. Der Richtlinienentwurf der EG-Kommission zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 10.12.1997*, ZUM 1998, p. 139.
- , *Der rechtliche Rahmen der europäischen Richtlinie zum Schutz von Datenbanken*, ZUM 1997, p. 577.
- Florida, Giorgio, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, DII 1989, p. 71.
- Flornoy, Yves, *L'ordinateur remplacera-t-il l'homme à la corbeille?*, E 1987, p. 33.
- Foglia, Renato, *La direttiva CEE sulla tutela del software*, Foro 1993, p. 307.
- Forkel, Hans, *Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen*, ZHR 1989, p. 511.
- Fortunato, Sabino, *Tutela del software, contratti informatici e diritti delle parti*, Q. 1/1990, p. 14.
- Franceschelli, Vincenzo, *La direttiva CEE sulla tutela del software: trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, RDI 1991, p. 169.
- , *Computer, documento elettronico e prova civile*, GI 1988, p. 314.
- , *La protezione giuridica del firmware e delle topografie dei prodotti a semiconduttori*, RDI 1988, p. 232.
- , *Computer, diritto e protezione giuridica del software*, Rdc 1986, p. 371.
- Françon, André, *La Conférence Diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins (Genève 2-20 décembre 1996)*, RIDA 1997, p. 3.
- , *Authors' Rights beyond Frontiers: A Comparison of Civil Law and Common Law Conceptions*, RIDA 1991, p. 2.
- , *Reflexions sur le Livre Vert*, RIDA 1989, p. 129.
- Franzheim, Horst, *Strafrechtliche Konsequenzen der Urheberrechtsnovelle*, NJW-CoR 1994, p. 160.
- Franzoni, Mario / Sanctis, Giustino de, *L'opera dell'ingegno e l'invenzione si avvicinano: diritti morali e nuove tecnologie*, RDI 1994, p. 273.
- Fraser, Stephen, *The Copyright Battle: Emerging International Rules and Roadblocks on the Global Information Infrastructure*, JCIInfL 1997, p. 759.
- Freitas, Denis de, *Les contrats de droit d'auteur*, Dd'A 1991, p. 232.
- Fritzmeyer, Wolfgang / Heun, Sven-Erik, *Rechtsfragen des EDI*, CR 1992, p. 129, p. 198.
- Frowein, J.A., *Commentary on Solange II*, CMLR 1988, p. 201.
- Gambino, Alberto M., *Commercio telematico dei beni immateriali*, CI 1997, p. 710.
- Gamm, Otto-Friedrich von, *Urheber- und urhebervertragsrechtliche Probleme des "digitalen Fernsehens"*, ZUM 1994, p. 591.
- Garcia, Isabel Reis, *Do direito da informática a um anteprojecto de lei de protecção de dados pessoais*, ROA 1989, p. 979.
- Gardner, Paul, *Shrink-wrap Licences: Beta v. Adobo*, CL 1996, p. 5.
- Gaster, Jens / Lewinski, Silke von, *Die Diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten*, ZUM 1997, p. 607.
- Gaster, Jens, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft* —

- Anmerkungen zum Grünbuch der Europäischen Kommission*, ZUM 1995, p. 740.
- Gattei, Carlo, *Tutela dell'opera multimediale su rette telematica: la situazione europea*, DII 1998, p. 469.
- Gaudrat, Phillipe, *La protection des logiciels par le droit d'auteur*, RIDA 1988, p. 77.
- , *Les contrats de fourniture de logiciel: conséquences contractuelles de la loi du 3 juillet 1985*, DIT 2/1986, p. 55.
- Gautier, Pierre-Yves, *Du droit applicable dans le <village planétaire> au titre de l'usage immatériel des oeuvres*, D. 1996, p. 131.
- , *Les oeuvres 'multimedia' en droit français*, RIDA 1994, p. 91.
- Geller, Paul Edward, *Toward an Overriding Norm in Copyright: sign Wealth*, RIDA 1994, p. 3.
- , *The Universal Electronic Archive: Issues in International Copyright*, IIC 1994, p. 54.
- , *Can the GATT Incorporate Berne Whole*, EIPR 1990, p. 423.
- Gendreau, Ysolde, *Digital Technology and Copyright: Can Moral Rights Survive the Disappearance of the Hard Copy?*, Ent LR 1995, p. 214.
- , *Les hauts et les bas du 'look and feel'*, DIT 1993, p. 5.
- Gentili, Aurelio, *Multimedialità e concorrenza*, DII 1996, p. 809.
- Genton, Frédérique, *Multimedia im französischen Urheberrecht: der zweite Sirinelli-Bericht*, GRUR Int. 1996, p. 693.
- Ghidini, Gustavo, *Verso la protezione del software: il disegno di legge Fabbri, Malagodi, Carli, Lopieno e altri*, RDI 1987, I, p. 97.
- Gianantonio, Ettore, *Il nuovo disegno di legge sulle banche di dati personali*, DII 1991, p. 74.
- Ginsburg, Jane, *Chronique des États-Unis*, RIDA 1999, p. 142.
- , *Putting Cars on the Information Superhighway": Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace*, Columbia LR 1995, p. 1466.
- , *Four Reasons and a Paradox: The Manifest Superiority of Copyright over Sui Generis Protection of Computer Software*, Columbia LR 1994, p. 2559.
- , *Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information*, Columbia LR 1990, p. 1865.
- Ginsburg, Jane / Sirinelli, Pierre, *Les difficultés rencontrées lors de l'élaboration d'une oeuvre multimedia: analyse des droits français et américain*, JCP 1996, p. 65.
- Giot, Clarisse, *Validité des licences de logiciel sous plastique en droit français et comparé*, DIT 1/1998, p. 7.
- Glavarría Iglesia, Jesús / Torre Forcadelli, Sonia de la, *La protección jurídica de las bases de datos por el derecho de autor (STS de 17 de octubre de 1997)*, RDM 1998, p. 1830.
- Gola, Peter, *Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahre 1995/96*, NJW 1996, p. 3312.
- Goldstein, Paul, *Copyright in the New Information Age*, UFITA 1993, p. 5.
- , *Création littéraire ou artistique assistée ou contrôlée par ordinateur*, DIT 3/1991, p. 6.
- Gondra, José María, *La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva en la Teoría General del Derecho)*, RDM 1998, p. 493.
- Gordon, Mark, *Key Issues in Contracting for the Development of Joint and Derived Products*, CLJ 1991, p. 1.
- Gordon, Wendy, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, Yale LJ 1993, p. 1533.
- Graham, Lawrence / Zerbe, Richard, *Economically Efficient Treatment of Computer Software:*

- Reverse Engineering, Protection, and Disclosure*, Rutgers LJ 1996, p. 61.
- Gross, Irwin, *A New Framework for Software Protection: Distinguishing between Interactive and Non-interactive Aspects of Computer Programs*, Rutgers LJ 1994, p. 108.
- Grusd, Brandon, *Contracting Beyond Copyright: ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, Harvard JL&T 1997, p. 353.
- Guglielmetti, Giovanni, *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/9 CE*, CI 1997, p. 177.
- Guilleux, Gautier A., *Freeware, shareware, crippleware: présentation et classification des logiciels en libre copie*, DIT 1/1997, p. 12.
- Günther, Andreas, *Produkthaftung für Software (Ein obiter dictum aus den USA)*, CR 1993, p. 544.
- Haberstumpf, Helmut, *Holzhandelsprogramm*, NJW-CoR 1994, p. 164.
- , *Das Software-Urhebervertragsrecht im Lichte der bevorstehenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen*, GRUR-Int 1992, p. 715.
- , *Neue Entwicklungen im Software-Urheberrecht*, NJW 1991, p. 2105.
- Hayden, John, *Copyright Protection of Computer Databases After Feist*, Harvard JL&T 1991, p. 215.
- Hayes, Daniel, *London Branch Report: Reverse Engineering — the American Experience*, CL 5/1993, p. 13.
- Hayes, David, *The Legality of Disassembly of Computer Programs*, CLJ 1993, p. 1.
- Hamaguchi, Takumi, *Concerning the Law for Partial Amendments to the Copyright Law: “interactive transmission”*, CUJ 1998, p. 42.
- Hamale, E.C., *Le devoir de conseil du fournisseur en informatique*, DIT 3/1990, p. 33.
- Hanneman, H. W., *Nouvelles directives de l'O.E.B. pour l'appréciation des inventions se rapportant au logiciel*, DIT 1986, p. 33.
- Hardy, I. T., *The Policy, the Law, and Facts of Copyrighting Computer Screen Displays: an Essay*, CLJ 1992, p. 371.
- Haskin, Russel, *A Design Right for Computer Programs*, CL&P 1993, p. 94.
- Heath, Christopher, *Multimedia und Urheberrecht in Japan*, GRUR Int. 1995, p. 843.
- Heinrich, Bernd, *Die Entgegennahme von raubkopierter Software als Hehlerei?*, JZ 1994, p. 938.
- Heyl, Cornelius von, *Teledienste und Mediendienste nach Teledienstegesetz und Mediendienste-Staatsvertrag*, ZUM 1998, p. 115.
- Hellfel, Axel von, *Hardware, Firmware, Software: Is the Exclusion of Software Patenteability Realistic in the Light of Technological Developments?*, CL&P 1993, p. 18.
- Henry, Michael, *Multimedia: Mythology, Metaphor and Reality*, Ent LR 1995, p. 79.
- Hespanha, António / Sernadas, Amílcar, *O impacto da computação no direito*, RJ 1990, p. 179.
- Heussen, Benno, *Systemverantwortung bei Computerverträgen*, NJW 1988, p. 2441.
- Hill, V. R., *What is the Smallest Copyrightable Element in a Multimedia Work*, CoL 3/1996, p. 16.
- Hillig, Hans-Peter, *Der Schutz von Datenbanken aus der Sicht des deutschen Rechts*, ZUM 1992, p. 325.
- Hirasawa, Takami, *Program registration in Japan*, in *Software Protection* 7-8/1990, p. 5.

- Hoeren, Thomas, *Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce. Eine erste kritische Analyse*, MMR 1999, p. 192.
- , *Überlegungen zur urheberrechtlichen Qualifizierung des elektronischen Abrufs*, CR 1996, p. 517.
- , *The Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society*, EIPR 1995, p. 511.
- , *Multimedia als noch nicht bekannte Nutzungsart*, CR 1995, p. 710.
- , *Compton und kein Ende? (Die Bedeutung des Compton-Patents für Multimediahersteller)*, CR 1994, p. 525.
- Hoeren, Thomas, *Multimedia = Multilegia*, CR 1994, p. 390.
- , *IPR und EDV-Recht*, CR 1993, p. 129.
- , *Sounds von der Datenbank: Zur urheber- und wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Samplings in der Popmusik*, GRUR 1989, p. 11, p. 580.
- Hubmann, Heinrich, *Die Urheberrechtsnovelle vom 24.6.1985*, JZ 1986, p. 117.
- Hubo, Bettina, *La titularité des droits d'auteur sur les logiciels écrits par un salarié: situation en France, en Belgique et aux Pays-Bas*, DIT 3/1986, p. 151.
- Hughes, Gordon, *Copyright changes likely in Australia*, CL&P 1994, p. 25.
- , *Reverse Engineering in Australia*, CL&P 1992, p. 46.
- Hunter, Daniel, *Reverse Engineering Computer Programs: Australia parts company with the World*, CL&P 1993, p. 122.
- Ingensfeld, Gisbert, *Outsourcing innerhalb des Konzerns, I. Die betriebsverfassungsrechtlichen Folgen*, CR 1993, p. 288.
- , *Outsourcing innerhalb des Konzerns, II. Individualarbeitsrechtliche Folgen*, CR 1993, p. 368.
- Jacobs, Rainer, *Der neue urheberrechtliche Vermietbegriff*, GRUR 1998, p. 246 [Festschrift für Ulrich Krieger zum 70. Geburtstag].
- Jaeger, Lothar, *Haftungsausschluss und Haftungsbegrenzung durch AGB im Bereich der EDV*, MDR 1992, p. 96.
- Jehoram, Cohen, *Hybrids on the Borderline Between Copyright and Industrial Property Law*, RIDA 1992, p. 107.
- Job, Chris, *South Africa: new software copyright — quick reference guide*, CL&P 1993, p. 168.
- Johnson, David / Post, David, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, Stanford LR 1996, p. 1367.
- Johnston, Robert G., *Symposium on Digital Signature and Electronic Document Verification: Foreword*, JCIInFL 1999, p. 721.
- Junker, Abbo, *Die Praxis des Bundesgerichtshofs zum Computerrecht 1989 — 1992 — Teil 1*, JZ 1993, p. 344, p. 447.
- , *Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1991 und 1992*, NJW 1993, p. 824.
- , *Die Entwicklung des Computerrechts im Jahre 1990*, NJW 1992, p. 1733.
- , *Die Entwicklung des Rechtsschutzes für EDV-Leistungen in den Jahren 1988 und 1989*, NJW 1991, p. 2117.

- , *Die Entwicklung des Computervertragsrechts in den Jahren 1988 und 1989*, NJW 1990, p. 1575.
- , *Computerrechts: Gewerblicher Rechtsschutz, Mängelhaftung, Arbeitsrecht*, JZ 1989, p. 316.
- Juranek, Johann, *Komponist, Musikverleger und Verwertungsgesellschaft*, ZfRV 1983, p. 250.
- Yamamoto, Takashi B., *Copyright Protection of Databases*, CUJ 1998, p. 12.
- Yanager, Barron, *A Economic Analysis of Computer Software Copyright: a Welfare Model of Intellectual Property Rights*, CLJ 1991, p. 173.
- Ya-Ching Lee, *Toward a More Balanced Online Copyright Policy*, CL 1998, p. 37.
- Yates, John, *Contracts for Outsourcing Information Technology*, CL&P 1994, p. 142.
- , *Third Party Computer Maintenance — a legal perspective*, CL&P 1994, p. 9.
- , *Outsourcing Information Technology: a Happy Hunting Ground for Lawyers*, CL&P 1993, p. 104.
- Karageorgin, Stavros, *News: Implementation of the European Software Directive in Greece*, CL&P 1993, p. 114.
- Karjala, Dennis S., *Misappropriation as a Third Intellectual Property Paradigm*, Columbia LR 1994, p. 2594.
- Karjala, Dennis / Sugiyama, Keiji, *Fundamental Concepts in Japanese and American Copyright Law*, AJCL 1988, p. 613.
- , *Protection of Computer Programs under Japanese Copyright Law*, EIPR 1986, p. 105.
- Karnell, Gunnar, *The Berne Convention Between Authors' Rights and Copyright Economics: An International Dilemma*, IIC 1995, p. 193.
- Katzenberger, Paul, *Elektronische Printmedien und Urheberrecht (Urheberrechtliche und urhebervertragliche Fragen der elektronischen Nutzung von Zeitungen und Zeitschriften)*, AfP 1997, p. 434.
- , *TRIPS und das Urheberrecht*, GRUR Int. 1995, p. 447.
- , *Urheberrecht und Datenbanken*, GRUR 1990, p. 94.
- Keplinger, M.S., *La paternité des oeuvres à l'ère de l'information. La protection des programmes d'ordinateur en vertu de la Convention de Berne et de la Convention universelle sur le droit d'auteur*, Dd'A 1985, p. 98.
- Kerever, André, *Le droit d'auteur: acquis et conditions du développement de la culture juridique européenne*, Dd'A 1990, p. 138.
- Kilian, Wolfgang, *Zweck und Inhalt des deutschen EDI-Rahmenvertrages*, CR 1994, p. 657.
- Kindermann, Manfred, *Softwarepatentierung*, CR 1992, p. 577, p. 658.
- Kirchner, Jörg, *The Search for New Markets: Multimedia and Digital Television under German Broadcasting and Copyright Law*, EIPR 1995, p. 269.
- Kitagawa, Zentaro, *Copymart: A Proposal for a Copyright Market Based on Contract*, UFITA 1996, p. 77.
- Koch, Frank, *Grundlagen des Urheberrechts im Internet und in Online-Diensten*, GRUR 1997, p. 417.
- , *Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen*, CR 1997, p. 193.
- , *Netlaw ante Portas*, NJW-CoR 1995, p. 259.
- , *Software-Urheberschutz für Multimedia-Anwendungen*, GRUR 1995, p. 459.

- , *Das neue Softwarerecht und die praktischen Konsequenzen*, NJW-CoR 1994, p. 293.
- Koch, Ingwer, *Rechtsschutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen*, NJW 1988, p. 2446.
- Kochinke, Clemens / Günther, Andreas, *Shrinkwrap-Lizenzen und Datenbankschutz in den USA*, CR 1997, p. 129.
- Köhler, Helmut, *Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping)*, NJW 1998, p. 185.
- König, Michael, *Zur rechtlichen Bewertung der Überlassung von Quellprogrammen/-codes*, NJW 1992, p. 1731.
- König, Michael, *Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Computerprogrammen vor Nachahmung*, NJW 1990, p. 2233.
- , *Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung*, NJW 1990, p. 1584.
- Kreile, Reinhold / Becker, Jürgen, *Multimedia und die Praxis der Lizenzierung von Urheberrechten*, GRUR Int. 1996, p. 677.
- , *Neuordnung des Urheberrechts in der Europäischen Union*, GRUR Int. 1994, p. 901.
- Koumantos, Georges, *Les bases de données dans la directive communautaire*, RIDA 1997, p. 79.
- , *Droit d'auteur, droits voisins: droit de réponse en Grèce*, RIDC 1989, p. 421.
- Kresse, Hermann, *Outsourcing im Privatfernsehen (am Beispiel des RTL-Dienstleistungskonzepts)*, ZUM 1994, p. 385.
- Kroker, Erik Richard, *The Computer Software Directive and the Balance of Rights*, EIPR 1997, p. 247.
- Kuner, Christopher, *Rechtliche Aspekte der Datenverschlüsselung im Internet*, NJW-CoR 1995, p. 413.
- Kullmann, Hans Josef, *Die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz in Deutschland*, ERPL 1994, p. 215.
- Kurihara, Takamitsu, *Broadcasting in the Digital Environment*, UFITA 1996, p. 93.
- Kurtz, Leslie, *Copyright: the 'scènes a faire' doctrine*, Florida LR 1989, p. 79.
- Laddie, Hugh, *Copyright: Over-strength, Over-regulated, Over-rated?*, EIPR 1996, p. 253.
- Lamberterie, Isabelle, *L'adaptation du droit au progrès technologique: l'exemple de la protection des logiciels*, ArPD 1991, p. 155.
- Latreille, Antoine, *La création multimedia comme oeuvre audiovisuelle*, JCP 1998, p. 1419.
- Lattanzi, Roberto, *La tutela dei dati personali dopo la ratifica della Convenzione Europea sulle banche-dati*, DII 1992, p. 220.
- Lehmann, Michael, *Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz — Der Richtlinienentwurf der EU Kommission*, ZUM 1999, p. 180.
- , *Die neue Datenbankrichtlinie und Multimedia*, NJW-CoR 1996, p. 249.
- , *TRIPS/WTO und der internationale Schutz von Computerprogrammen*, CR 1996, p. 2.
- , *Vermieten und Verleihen von Computerprogrammen (Internationales, europäisches und deutsches Urheberrecht)*, CR 1994, p. 271.
- , *Die Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen in Europa*, EWS 1994, p. 293.
- , *Pro >Verwertungsgesellschaft Soft<*, CR 1993, p. 268.

- , *Das neue Software-Vertragsrecht: Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen*, NJW 1993, p. 1822.
- , *Produkt- und Produzentenhaftung für Software*, NJW 1992, p. 1721.
- , *Das neue deutsche Softwarerecht (Novellierungsvorschlag zum Urheberrecht)*, CR 1992, p. 324.
- , *Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen*, NJW 1991, p. 2112.
- , *Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen*, GRUR Int., 1991, p. 327.
- , *La protection des logiciels dans le cadre de la directive européenne*, DIT 4/1991, p. 7.
- Lehmann, Michael, *La teoría de los <<Property Rights> y la protección de la propiedad intelectual e industrial*, RGD 1990, p. 265.
- , *Kriterien der Werkqualität von Computerspielen gem. § 2 UrhG*, NJW 1990, p. 3181.
- , *Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte*, GRUR Int. 1983, p. 356.
- Lejeune, B., *Code-source et contrats de logiciel*, DIT 1/1986, p. 2.
- Lemley, Mark, *Intellectual Property and Shrink-Wrap Licenses*, California LR 1995, p. 1239.
- Lenaerts, Konrad, *Constitutionalism and Federalism: the American experience in a wider perspective*, AJCL 1990, p. 224.
- Lener, Raffaele, *La nuova disciplina dell'offerta di servizi informatici e telematici di borsa*, DII 1992, p. 43.
- Lennon, Michael, *United States Patent Rights in Financial Services Software*, CL&P 1994, p. 17.
- Lesshaft, Karl / Ulmer, Detlef, *Urheberrechtliche Schutzwürdigkeit und tatsächliche Schutzfähigkeit von Software*, CR 1993, p. 607.
- Lessig, Lawrence, *The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net*, Berkeley Tech. LJ 1999, p. 759.
- , *The Zones of Cyberspace*, Stanford LR 1997, p. 1403.
- , *The Path of Cyberlaw*, Yale LJ 1995, p. 1743.
- Leval, Pierre N., *Toward a Fair Use Standard*, Harvard LR 1990, p. 1105.
- Lewinski, Silke von, *Urheberrecht als Gegenstand des internationalen Wirtschaftsrechts*, GRUR Int. 1996, p. 630.
- , *Das europäische Grünbuch über das Urheberrecht und neue Technologien*, GRUR Int., 1995, p. 831.
- , *Die Umsetzung der Richtlinie zum Vermiet- und Verleihrecht*, ZUM 1995, p. 442.
- , *The Role of Copyright in Modern International Trade Law*, RIDA 1994, p. 5.
- Lewis, Xavier, *The EC Product Liability Directive: An EEC wide conspectus*, ERPL 1994, p. 183.
- Liuzzo, Lamberto, *Interruzioni pubblicitarie di programmi televisivi e violazione del diritto morale d'autore*, RDI 1988, p. 357.
- Loewenheim, Ulrich, *Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen*, GRUR 1996, p. 830.
- , *Multimedia and the European Law*, IIC 1996, p. 41.
- , *Der Schutz der kleinen Münze um Urheberrecht*, GRUR 1987, p. 761.
- Loiseau, Grégoire, *Nom de domaine et Internet: turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, Recueil Dalloz, 1999, p. 245.

- Lombard, Philippe, *Les sociétés de service et d'ingénierie informatique*, E. 1990, p. 19.
- Lopes, Seabra, *A protecção de dados pessoais no contexto internacional e comunitário*, Legis 1993, p. 9.
- Losano, Mario, *La lege spagnola sulla protezione dei dati personali*, DII 1992, p. 867.
- Loundy, David, *Revising the Copyright Law for Electronic Publishing*, JCIInFL 1995, p. 3.
- , *E-Law: Legal Issues Affecting Computer Information System Operator Liability*, CLJ 1993, p. 101.
- Lucas, André, *L'originalité en droit d'auteur*, JCP 1993, p. 253.
- , *Les programmes d'ordinateur comme objet de droits intellectuels*, JCP 1982, p. 3081.
- Lunney Jr., Glynn, *Lotus v. Borland: Copyright and Computer Programs*, Tulane LR 1996, p. 2397.
- Macmillian, Fiona / Blakeney, Michael, *The Internet and Communications Carrier's Copyright Liability*, EIPR 1998, p. 52.
- Mackay, Ejan, *La possession paisible des idées: toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété?*, DI 2/1986, p. 75.
- Magni, Sabrina / Spolidoro, Marco S., *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionale*, DII 1997, p. 61.
- Maier, Paul, *L'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, RMUE 1994, p. 49.
- Mayer, Fraz, *Recht und Cyberspace*, NJW 1996, p. 1782.
- Malaguti, Maria Chiara, *I trasferimenti elettronici di fondi in Italia: spunti da un'analisi comparata — l'inserimento dell'art. 4 A nell'Uniform Commercial Code statunitense*, CI 1991, p. 1065.
- Mallet- Pujol, Nathalie, *Appropriation de l'information: l'éternelle chimère*, D. 1997, p. 330.
- , *La directive concernant la protection juridique des bases de données: la gageure de la protection privative*, DIT 1/1996, p. 6.
- , *Marché de l'information: le droit d'auteur injustement menacé*, RIDA 1996, p. 93.
- Marengo, Giuliano / Banks, Karen, *Intellectual Property and the Community Rules on Free Movement: Discrimination Unearthed*, ELR 1990, p. 224.
- Marly, Jochen, *Zur Dekompilierung von Computerprogrammen — Das Recht in den USA und in Europa*, NJW-CoR 1994, p. 40.
- Martinek, Michael, *Verbraucherschutz im Fernabsatz — Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie*, NJW 1998, p. 207.
- Mehrings, Josef, *Zum Wandlungsrecht beim Erwerb von Standardsoftware*, NJW 1988, p. 2438.
- , *Computersoftware und Gewährleistungsrecht*, NJW 1986, p. 1904.
- Meijboom, Alfred, *The Implementation of the EC Software Copyright Directive in the Dutch Copyright Act*, CL&P 1992, p. 22.
- Melichar, Ferdinand, *Virtuelle Bibliotheken und Urheberrecht*, CR 1995, p. 756.
- Mendes, Armindo Ribeiro, *Contratos Informáticos*, Legis 8/1993, p. 83.
- Menell, Peter, *An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs*, Stanford LR 1989, p. 1045.
- , *Tailoring Legal Protection for Computer Software*, Stanford LR 1987, p. 1329.
- Merges, Robert, *As Many as Six Impossible Patents Before Breakfast: Property Rights for*

- Business Concepts*, Berkeley Tech. L.J. 1999, p. 577.
- , *The End of Friction? Property Rights and Contracts in the Newtonian World of On-line Commerce*, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 115.
- , *Intellectual Property and the Costs of Commercial Exchange: a Review Essay*, Michigan LR 1995, p. 1570.
- Merman, Jerry / Weitzner, Daniel, *Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media*, Yale 1995, p. 1625.
- Misglick, Andreas, *Haftung für Übertragungsfehler in DV-Netzen*, CR 1992, p. 75.
- Miyashita, Yoshiyuki, *International Protection of Computer Software*, CLJ 1991, p. 41.
- Millé, Antonio, *Hipervínculos y Marcas*, DAT 1998, p. 1.
- , *Copyright in the Cyberspace Era*, EIPR 1997, p. 570.
- Miller, Arthur R., *Copyright Protection for Computer Programs, Databases and Computer-generated works: Is Anything New Since CONTU?*, Harvard LR 1993, p. 977.
- Miller, Clifford, *Schrink-wrap licences are unforceable — an opinion*, CL&P 1992, p. 52.
- Mirabelli, Giuseppe, *In tema di tutela dei dati personali: note a margine della proposta modificata di direttiva C.E.E.*, DII 1993, p. 609.
- Miranda, Jorge, *A Constituição e os Direitos de Autor*, DJ 1994, p. 47.
- Mitchell, Elisabeth L., [Recensão: James Boyle, *Shamans, Software and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*], Harvard JL&T 1997, p. 377.
- Mynard, A., *Télématique et preuve en droit civil québécois et français: une antinomie?*, DIT 4/1992, p. 15.
- Möller, Margret, *A propos du livre vert*, RIDA 1989, p. 22.
- , *La réforme de la loi sur le droit d'auteur de la République Fédérale d'Allemagne*, Dd'A 1986, p. 231.
- Monteiro, António Pinto, *A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, in AJURIS 1998, p. 220 [Revista dos Juizes do Rio Grande do Sul, Edição Especial: 1.º Congresso Inter-Americano de Direito do Consumidor, 3.º Congresso Ibero-Latino-Americano de Direito do Consumidor, 4.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, 8-11 de março, 1998 — Gramado-RS, Brasil].
- , *Discurso do Presidente da Comissão do Código do Consumidor*, BFD 1996, p. 403.
- , *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, RDM 1996, p. 79.
- , *Denúncia de um contrato de concessão comercial [Anotação ao Acórdão do T.R.P. de 27 de Junho de 1995]*, RLJ Ano 130.º, p. 91.
- , *Il contratto di agenzia revisitato. La direttiva CEE 86/653* (trad. it. di Maria Cristina De Cicco), Rdc 1996, p. 877.
- , *Sobre a protecção do agente comercial no direito português e europeu*, BFD 1995, p. 97.
- , *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, ERPL 1995, p. 231.
- , *Harmonisierung des Portugiesischen Verbraucherschutzrechts*, BFD 1993, p. 351.
- , *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et la protection du consommateur*, BFD 1993, p. 161.
- , *La Codification en Europe: le Code Civil Portugais*, BFD 1992, p. 1.

- , *Sobre o não cumprimento na venda a prestações (algumas notas)*, *O Direito* 1990, p. 555.
- , *Contratos de adesão (o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro)*, *ROA* 1986, p. 733.
- Monteiro, António Pinto / Pinto, Paulo Mota, *La protection de l'acheteur de choses défectueuses en droit portugais*, *BFD* 1993, p. 259.
- Montsatsos, Steve / Cumming, John, *Apple v. Microsoft: the the pendulum swung too far*, *CL&P* 1993, p. 162.
- Moritz, Hans-Werner, *Überlassung von Programmkopien — Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?*, *CR* 1994, p. 257.
- Moritz, Hans-Werner, *Softwarelizenzverträge, I. Rechtslage nach der Harmonisierung durch die EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen. Teil 1: Grenzen nach Art. 85 EWG-Vertrag*, *CR* 1993, p. 257.
- , *Softwarelizenzverträge, II. Rechtslage nach der Harmonisierung durch die EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen. Teil 2: Grenzen nach Art. 86 EWG-Vertrag*, *CR* 1993, p. 341.
- , *Softwarelizenzverträge, III. Harmonisierung durch die EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen. Teil 3: Grenzen nach dem GWB*, *CR* 1993, p. 414.
- , *Die EG-Richtlinie vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen im Lichte der bestrebungen zur Harmonisierung des Urheberrechts*, *GRUR Int.* 1991, p. 697.
- Müller-Hengstenberg, Claus, *Nationale und internationale Rechtsprobleme im Internet*, *NJW* 1996, p. 1777.
- Nagel, Trevor / Schuster, Todd, *Urheberrechtsschutz von Datensammlungen und Computerprogrammen in dem USA*, *CR* 1994, p. 133.
- Nejman, G., *Les applications multimédia interactives: une analyse juridique pluridisciplinaire*, *DIT* 4/1994, p. 8.
- Netanel, Neil, *Copyright and Democratic Civil Society*, *Yale LJ* 1996, p. 283.
- Newman, Jonathan, *The Patentability of Computer-Related Inventions in Europe*, *EIPR* 1997, p. 701.
- Nimmer, David, *Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age*, *Harvard JL&T* 1996, p. 1.
- Nordemann, Axel / Goddar, Heinz / Tönhardt, Marion / Czychowski, Christian, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im Internet*, *CR* 1996, p. 645.
- Nordemann, Axel / Czychowski, Christian, *Der Schutz von Gesetzessammlungen auf CD-ROM nach altem und neuen Recht*, *NJW* 1998, p. 1603.
- Nordemann, Wilhelm / Schierholz, Anke, *Neue Medien und Presse — eine Erwiderung auf Katzenbergers Thesen*, *AfP* 1998, p. 365.
- Nordemann, Wilhelm, *CPU-Klauseln in Software-Überlassungsverträgen*, *CR* 1996, p. 5.
- , *Vorschlag für ein Urhebervertragsgesetz*, *GRUR* 1991, p. 1.
- Note, *Typical FM Contract*, *ApCCL* 5/1992, p. 5.
- Note, *Computer Intellectual Property and Conceptual Severance*, *Harvard LR* 1990, p. 1046.
- Note, *Toward a Unified Theory of Copyright Infringement for an Advanced Technological Era*, *Harvard LR* 1982, p. 450.
- Note, *Copyright Protection for Short-lived Works of Art*, *Fordham LR* 1982, p. 90.

- O'Rourke, Maureen, *Copyright Preemption after the Pro-CD case: a Market-Based Approach*, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 53.
- Olavo, Carlos, *O Decreto Lei n.º 16/95 e o acordo TRIPS*, PI n.º 19, p. 11.
- Oman, R., *Urheberrecht, Computerprogramme und Halbleiterchips in den USA*, GRUR Int. 1992, p. 886.
- Omsels, *Die Kennzeichenrechte im Internet*, GRUR Int. 1997, p. 328.
- Pearson, Hilary, *Is Whelan losing its teeth? Recent US Cases on Software Copyright*, CL&P 1993, p. 25.
- Pearson, Hilary, *US Appeals Court Refuses to Enforce Shrink-wrap Licence*, ApCCL 1/1992, p. 4.
- Pearson, Hilary / Miller, Clifford / Turtle, Nigel, *Commercial Implications of the European Software Directive*, CL&P 1/1992, p. 2.
- Pereira, Alexandre Dias, *Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais*, Revista da Ordem dos Advogados, 1999, III, p. 915-1000.
- , *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*, 1999, p. 75-85.
- , *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, Boletim da Faculdade de Direito, 1999, p. 475-521.
- , *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Electrónico na Internet*, <http://www.digital-forum.net/JURINET>.
- , *Da Obra Multimedia como Objecto de Direitos de Propriedade Intelectual: Arte Digital, Programas de Computador e Bases de dados Electrónicas*, in *Boletim da Faculdade de Direito, Número especial de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério E. Soares*, 2000.
- , *O Código do Direito de Autor e a Internet*, <http://www.digital-forum.net/JURINET> (4/00).
- , *Merchandising e Propriedade Intelectual: Sobre a Exploração Mercantil de Personagens Protegidas pelo Direito de Autor*, in *Revista da Propriedade Industrial*, n.º 20, p. 11-15.
- , *O Direito de Autor no Milénio Digital: Arquivos, Bibliotecas, Centros de Documentação, e a US Digital Millennium Copyright Act (1998)*, in <http://www.digital-forum.net/JURINET> (6/99).
- , *Droit d'auteur e copyright: Recensão — J. Ellins, Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 1997*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 1998, p. 801-830.
- , *Da Resolução de Arrendamento Comercial*, in *Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, 1998, II, p. 13-16.
- , *Contratos de Patrocínio Publicitário ('Sponsoring')*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1998, I, p. 317-335.
- , *Da Franquia de Empresa ('Franchising')*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 1997, p. 215-278.

- Pereira, António Maria, *O direito de autor na publicidade*, ROA 1991, p. 87.
- Perritt, Henry, *Unbundling Value in Electronic Information Products: Intellectual Property Protection for Machine Readable Interfaces*, Rutgers LJ 1994, p. 415.
- Piatti, M. C., *L'imagination assistée par ordinateur après la loi française du 3 juillet 1985*, DIT 3/1987, p. 156.
- Pieper, Karin, *Medienrecht im Spannungsfeld von Broadcasting und Multimedia*, ZUM 1995, p. 552.
- Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, RDES 1973, p. 119.
- Pinto, Carlos Alberto da Mota, *In memoriam* (Pareceres com a colaboração de Calvão da Silva e Pinto Monteiro), CJ 1981, p. 7.
- Pinto, Carlos Alberto da Mota / Silva, João Calvão da, *Responsabilidade civil do produtor*, O Direito 1989, p. 273.
- Pinto, Paulo Mota, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, BFD 1993, p. 479.
- Poggetto, Patrizia dal, *Diritto d'autore e diritto sui generis per una disciplina giuridica delle banche dati*, CI 1997, p. 343.
- Pollaud-Dulian, Frédérique, *Brèves remarques sur la directive concernant la protection juridique des bases de données*, D. 1996, p. 539.
- Posner, Steve, *Can a Computer Language be Copyrighted? The State of Confusion in Computer Copyright*, CLJ 1991, p. 97.
- Pres, Andreas, *Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge*, CR 1994, p. 520.
- Primak, L. Scott, *Computer Software: Should the U. N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods Apply? A contextual approach to the question*, CLJ 1991, p. 197.
- Pullen, Mike, *The Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society: Is it all a Question of Binary Numbers?*, Ent LR 1996, p. 80.
- Raubenheimer, Andreas, *Softwareschutz nach dem neuen Urheberrecht*, CR 1994, p. 69.
- Redeker, Helmut, *Der Rechtsbegriff des Mangels beim Erwerb von Software*, CR 1993, p. 193.
- , *Wer ist Eigentümer von Goethes Werther?*, NJW 1992, p. 1739.
- Reed, Chris, *Advising Clients on EDI Contracts*, CL&P 1994, p. 90.
- Rehbinder, Manfred, *Multimedia und Urheberpersönlichkeitsrecht*, ZUM 1995, p. 684.
- Reichmann, J. H., *Legal Hybrids Between Patent and Copyright Paradigms*, Columbia LR 1994, p. 2432.
- Reinbothe, Jörg, *Der EU-Richtlinienentwurf zum Urheberrecht und zu Leistungsschutzrechten in der Informationsgesellschaft*, ZUM 1998, p. 429.
- , *Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPs*, GRUR Int. 1992, p. 707.
- Reinbothe, Jörg / Martin-Prat, Maria / Lewinski, Silke von, *The New Wipo Treaties: a First Resumé*, EIPR 1997, p. 171.
- Reinbothe, Jörg / Lewinski, Silke von, *The EC Rental Directive One Year after its Adoption: Some Selected Issues*, Ent LR 1993, p. 169.
- Ricketson, Sam, *The Future of the Traditional Intellectual Property Conventions in the Brave New World of Trade-Related Intellectual Property Rights*, IIC 1995, p. 872.
- Rinaldi, Raffaella, *La tutela del software del d.lgs. n. 518/1992*, DII 1994, p. 259.

- Ring, Wolf-Dieter, *Rundfunk und Internet*, ZUM 1998, p. 358.
- Ristuccia, Renzo / Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Prime notazioni sulla legge a protezione del software*, DII 1994, p. 232.
- Rocha, Manuel Lopes, *A lei da criminalidade informática*, Legis 1993, p. 65.
- Rogel Vide, Carlos, *Nuevas Tecnologías y Propiedad Literaria*, RDP 1996, p. 699.
- , *O direito de distribuição das criações de espírito e a sua extinção no direito comunitário*, RFD 1992, p. 337.
- Rossnagel, Fechner, *Das Signaturgesetz nach Zwei Jahren*, NJW 1999, p. 1591.
- Röttinger, Moritz, *Der Rechtsschutz von Datenbanken nach EG-Recht*, ZUM 1992, p. 594.
- Rumphorst, Werner, *Fine-tuning Copyright for the Information Society*, EIPR 1996, p. 79.
- Saez, Caroline, *Enforcing Copyrights in the Age of Multimedia*, Rutgers LJ 1995, p. 351.
- Saito, Hiroshi, *Moral Right System in Japan*, UFITA 1998, p. 206.
- Saltzman, Ilana, *EC Software Directive Implementation: Status Report*, CL&P 1993, p. 157.
- Samuelson, Pamela, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, Berkeley Tech. LJ 1999, p. 520.
- , *Symposium on Intellectual Property and Contract Law: Foreword*, Berkeley Tech. L.J. 1998, p. 80.
- , *Digital Content Symposium: Foreword*, Berkeley Tech. L.J. 1997, p. 1.
- , *The Copyright Grab*, Wired 1996, p. 135.
- , *The Quest for Enabling Metaphors for Law and Lawyering in the Information Age*, Michigan LR 1995, p. 2029.
- , *Digital Media and the Changing face of the Law*, Rutgers LJ 1990, p. 323.
- Samuelson, Pamela / Davis, Randal / Kapor, Mitchell / Reichmann, J. H., *A Manifesto on the Legal Protection for Computer Programs*, Columbia LR 1994, p. 2308.
- Schachter, Roditi, *La protezione giuridica del software negli Stati Uniti*, DA 1985, p. 171.
- Schaefer, Martin / Rasch, Clemens / Braun, Thorsten, *Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern*, ZUM 1998, p. 451.
- Schlachter, Eric, *The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Could Be Unimportant on the Internet*, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 15.
- Schmid, Joachim, *Probleme der Rechtsnaturbestimmung moderner Vertragstypen (Am Beispiel des >Back-Up-Vertrages<)*, CR 1994, p. 513.
- Schmidt, Luis, *Computer Software and the North American Free Trade Agreement (NAFTA): Will the Mexican Law Represent a Trade Barrier?*, CL&P 1993, p. 137.
- Schneider, Jochen, *>Ablieferung< bei Softwareüberlassungsverträgen*, CR 1994, p. 385.
- Schønning, Peter, *Loi applicable aux transmissions en ligne transnationales*, RIDA 1996, p. 20.
- , *Anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Datenübertragungen*, ZUM 1997, p. 34.
- Schraube, Conrad, *Der Schutz der "Kleinein Münze" im Urheberrecht*, UFITA 1971, p. 127.
- Schricker, Gerhard, *Farewell to the "Level of Creativity" (Schöpfungshöhe) in German Copyright Law?*, IIC 1995, p. 41.
- Schulte, Dieter, *Der Referententwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Ausgewählte Auslegungsfragen der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen)*, CR 1992, p. 588 , p. 648.
- Schulze, Gernot, *Urheberrecht und neue Musiktechnologien*, ZUM 1994, p. 15.
- , *Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht*, GRUR 1987, p. 769.

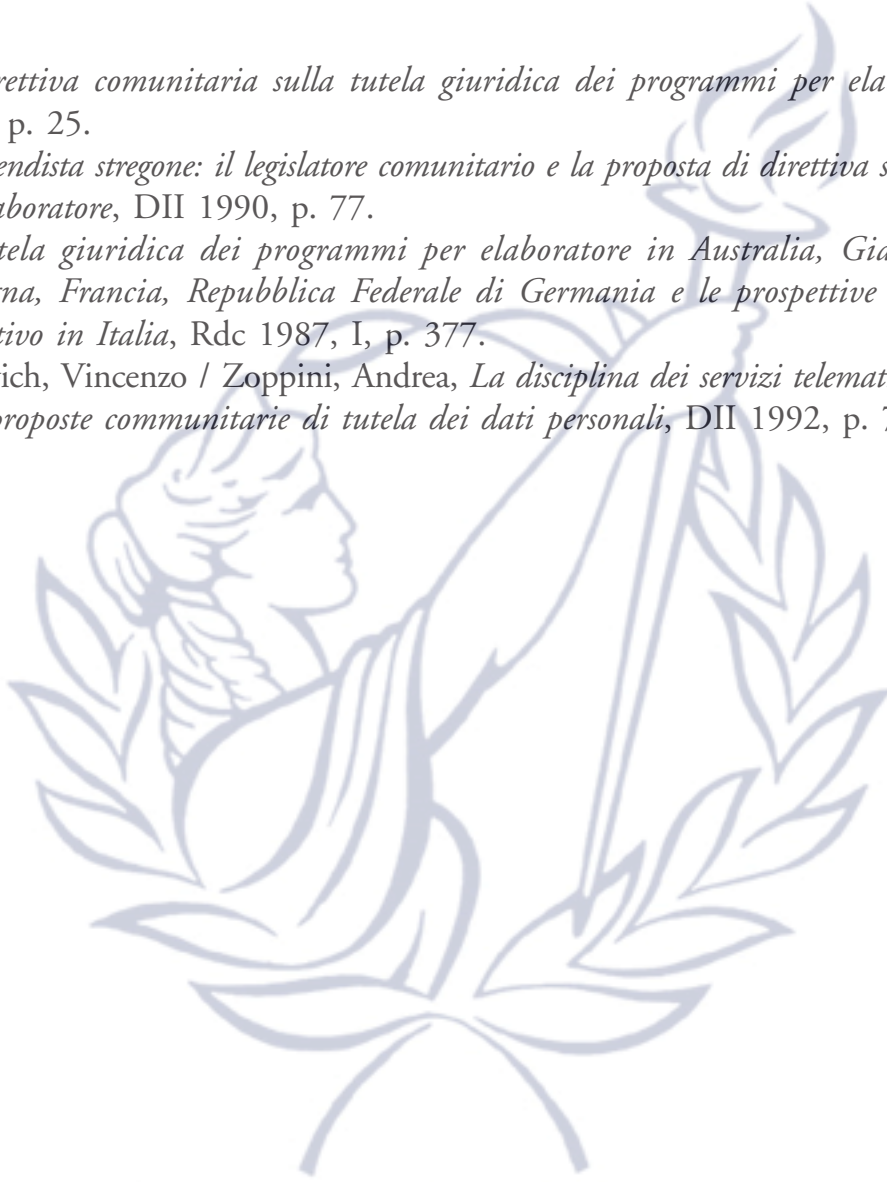
- Schwaiger, Henning / Kockler, Franz-Josef, *Zum Inhalt und Anwendungsbereich der sog. Zweckübertragungstheorie*, UFITA 1975, p. 21.
- Schwartz, Paul, *The Computer in German and American Constitutional Law: Towards an American Right of Informational Self-determination*, AJCL 1989, p. 675.
- Schwarz, Mathias, *Urheberrecht und unkörperliche Verbreitung multimedialer Werke*, GRUR 1996, p. 836.
- Schwartz, Mathias / Klinger, Norbert, *Rechtsfolgen der Beendigung von Filmlizenzverträgen*, GRUR 1998, p. 103.
- Scott, Michael/Talbott, James, *Interactive Multimedia: What is it, Why is it important and What does one Need to Know about it*, EIPR 1993, p. 284.
- Serens, Manuel Nogueira, *Marcas de forma (Parecer)*, CJ IV 1991, p. 59.
- Serens, Manuel Nogueira, *Notas sobre a sociedade anónima*, RDE 1989, p. 171.
- , *Sobre a classificação das ordens jurídicas em sistemas ou famílias de direito*, RDE 1986, p. 129.
- , *A propósito de uma edição de textos legais*, RDES 1980, p. 155.
- Shaw, Jonathan Carter, *The New Database Right*, CoL 1998, p. 132.
- , *The Shetland Times Case: are Links to other Internet Sites Illegal?*, CoL 1997, p. 113.
- Sherwood-Edwards, Mark, *Seven Degrees of Separation: the Software Directive and UK implementation*, CL&P 1993, p. 169.
- Sieber, Ulrich, *Haftung für Online-Datenbanken*, CR 1992, p. 518.
- Silva, João Calvão da, *Direitos de autor, cláusula penal e sanção compulsória: anotação a um Acórdão do S.T.J. de 3 de Novembro de 1983*, ROA 1987, p. 129.
- Silva, Miguel Moura e, *Protecção de programas de computador na Comunidade Europeia*, DJ 1993, p. 253.
- Singleton, Susan, *Product Liability, Computer Software and Insurance Issues — the St. Albans and Salvage Association Cases*, CL&P 1994, p. 167.
- , *Computer Software Agreements and the Implementation of the EC Directive*, CL&P 1992, p. 50.
- Sirinelli, Pierre, *L'auteur face à l'intégration de son oeuvre dans une base de données doctrinale: de l'écrit à l'écran*, D. Chron. 1993, p. 323.
- Syx, Dirk, *Vers de nouvelles formes de signature? Le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques*, DIT 3/1986, p. 133.
- Smith, Graham, *Schrink-wrap Licences in Europe after the EC Software Directive*, CLJ 1992, p. 597.
- Soma, John / Winsfield, Gus / Friesen, Letty, *Software Interoperability and Reverse Engineering*, Rutgers LJ 1994, p. 189.
- Spieß, Andreas, *Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme des Samplings in der Popmusik*, ZUM 1991, p. 524.
- Spindler, Gerald, *Verantwortlichkeit von Dienstleistern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie*, MMR 1999, p. 1999.
- , *Verschuldensabhängige Produkthaftung im Internet*, MMR 1998, p. 23.
- , *Deliktsrechtliche Haftung im Internet: nationale und internationale Rechtsprobleme*, ZUM 1996, p. 533.
- Spoor, Jaap, *L'attitude de la Cour Suprême Allemande à l'égard de la protection du logiciel*, DIT 1/1986, p. 32.

- Spoor, Jaap / Vanderberghe, *Le droit d'auteur et le logiciel dans les pays de la C.E.E., les États-Unis et le Japon*, DIT 2/1987, p. 116.
- Steckler, Brunhilde, *Legal Protection of Computer Programs under German Law*, EIPR 1994, p. 293.
- Stefit, Mark, *Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us To Rethink Digital Publishing*, Berkeley Tech. LJ 1997, p. 137.
- Stern, R.H., *La protection légale du logiciel et des innovations en rapport avec l'informatique aux États-Unis*, LPI 1982, p. 157.
- Stögmüller, Thomas, *Grünbuch über die Auswirkungen des geistigen Eigentums auf die von der amerikanischen Regierung angestrebte "National Information Infrastructure"*, GRUR Int. 1995, p. 855.
- Strömholm, *Le droit de mise en circulation dans le droit d'auteur*, Dd'A 1967, p. 279.
- Strong, William, *Database Protection after Feist. Rural Telephone Co.*, JCP 1994, p. 39.
- Strowel, Alain, *Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet: A propos des hyperliens*, A&M 1998, p. 296.
- , *La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur: vers un droit d'auteur sui generis*, RIDA 1995, p. 173.
- Strowel, Alain / Triaille, Jean Paul, *De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle*, DIT 2/1993, p. 25.
- Sugiyama, Keisi / Kosins Jr., Marcus, *La solution japonaise de protection des programmes informatiques*, DIT 1/1986, p. 16.
- Swinson, John, *Copyright or Patent or Both: An Algorithmic Approach to Computer Software Protection*, Harvard JL&T 1991, p. 145.
- Tani, Yoshikazu, *Protection of Computer Software in Japan*, P&L 2/1996, p. 7.
- Tarter, Blodwen, *Information Liability: New Interpretation for the Electronic Age*, CLJ 1992, p. 481.
- Teter, Timothy, *Merger and the Machines: an Analysis of Pro-Compatibility Trend in Computer Software Copyright Cases*, Stanford LR 1993, p. 1070.
- Tettenborn, Alexander, *Europäische Union: Rechtsrahmen für die Informationsgesellschaft*, MMR 1998, p. 18.
- Tilmann, *Richtlinie vergleichende Werbung*, GRUR Int. 1997, p. 790.
- Tinnenfeld, Marie-Theres, *Persönlichkeitsrecht und Modalitäten der Datenerhebung im Bundesdatenschutzgesetz*, NJW 1993, p. 1117.
- Tonner, Klaus, *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts*, JZ 1996, p. 533.
- Toubol, Frédérique, *Logiciel et faillite*, DIT 4/1986, p. 184.
- Triaille, Jean-Paul, *Responsabilité du fait des produits: logiciels, banques de données, information*, DIT 4/1990, p. 37.
- , *L'applicazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore nel campo del software*, DII 1990, p. 725.
- Trochu, Michel, *Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n.º 97-7 CE du 20 mai 1997*, Recueil Dalloz, 1999, p. 179.
- Turkewitz, Neil, *Authors' Rights are Dead*, JCS 1990, p. 41.
- Turner, Mark, *Do the Old Legal Categories Fit the New Multimedia Products? A Multimedia*

- CD-Rom as a Film*, EIPR 1995, p. 107.
- Ullmann, Eike, *Urheberrechtlicher und patentrechtlicher Schutz von Computerprogrammen (Aufgaben der Rechtsprechung)*, CR 1992, p. 641.
- Vadja, Christopher, *The Application of Community Competition Law to the Distribution of Computer Products and Parts*, ECLR 1992, p. 110.
- Valentino, Daniela, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, Rassegna 1998, p. 375.
- Vance, Verne, *Three United States Courts Take a Closer Look at the 'look and feel' of Computer Software*, CL&P 1993, p. 14.
- Varela, João de Matos Antunes, *Parecer sobre a prestação de obra intelectual*, ROA 1985, p. 159.
- Veloso, José António, *La protección del software en Portugal*, DAT 1993, p. 14.
- Verstrynge, Jean-François, *Protecting Intellectual Property Rights Within the New Pan European Framework*, DIT 2/1992, p. 6.
- Vietzke, Lance, *Software Patent Protection*, CLJ 1993, p. 25.
- Villar Palasí, José Luis, *Informática y derecho*, RFDUCM 1986, p. 211.
- Vinje, Thomas, *The New WIPO Copyright Treaty: a Happy Result in Geneva*, EIPR 1997, p. 230.
- , *Droit d'auteur et digitalisation: un résultat favorable à Genève, les nouveaux Traités de l'OMPI*, DIT 4/1997, p. 52.
- , *A Brave New World of Technical Protection Systems: Will There Still be Room For Copyright*, EIPR 1996, p. 431.
- , *Harmonising Intellectual Property in the European Union: Past, Present and Future*, EIPR 1995, p. 361.
- , *Softwarelizenzen im Lichte von Art. 85 des EWG-Vertrages*, CR 1993, p. 401.
- , *Magill: Its impact on the information technology industry*, DIT 2/1993, p. 16 (=> EIPR 1992, p. 397).
- , *Die EG-Rechtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität*, GRUR Int. 1992, p. 250 (=> DIT 2/1992, p. 13).
- , *Compliance with Article 85 in Software Licensing*, ECLR 1992, p. 165.
- Vivant, Michel, *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet*, JCP 1999, p. 2021.
- , *Recueils, bases de données, compilations, collections...: l'introvable notion*, D. 1995, p. 197.
- , *Logiciel 94: tout un programme? Loi n.º 94-361 du 10 mai 1994*, JCP 1994, p. 433.
- , *Le programme d'ordinateur au Pays des Musées. Observations sur la directive du 14 mai 1991*, JCP 1991, p. 485.
- , *Ingénierie inverse, ingénierie perverse?*, JCP 1991, p. 56.
- , *Quel droit pour les flux transfrontières de données?*, RIDE 1988, p. 255.
- Vogel, Martin, *Die Umsetzung der Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken in Art. 7. des Regierungsentwurfs eines Informations- und Kommunikationsdienstegesetzes*, ZUM 1997, p. 592.
- , *Die Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte*, ZUM 1995, p. 451.
- Voss, Christopher, *The Legal Protection of Computer Programs in the European Economic Community*, CLJ 1992, p. 441.

- Voss, Eileen, *Rechtsmängelhaftung bei der Überlassung von Software*, CR 1994, p. 449.
- Wachter, Thomas, *Multimedia und Recht*, GRUR Int. 1995, p. 860.
- Walden, Ian, *EDI-Austauschvereinbarungen*, CR 1994, p. 1.
- Waldenberger, Arthur, *Zur zivilrechtlichen Verantwortung für Urheberrechtsverletzungen im Internet*, ZUM 1997, p. 176.
- Wand, Peter, *Dreifach hält besser! Technische Identifizierungs- und Schutzsysteme*, GRUR Int. 1996, p. 897.
- Wandtkel / Bullinger, *Die Marke als urheberrechtlich schutzfähiges Werk*, GRUR Int. 1997, p. 573.
- Ward, Conor / Durrant, Lovel White, *Shrink-wrap Licences Revisited: Beta Computers (Europe) Limited v. Adobe Systems (Europe) Limited*, CoL 1994, p. 174.
- Weber, Rolf H., *Schutz von Datenbanken: Ein neues Immaterialgüterrecht*, UFITA 1996, p. 5.
- Weinberg, Steven, *Cyberjinks: Trademarks Hijinks in Cyberspace Through Hyperlinking and Tetatags*, The Trade Mark Reporter 1997, p. 576.
- Weinreb, Lloyd L., *Copyright for Functional Expression*, Harvard LR 1998, p. 1251.
- , *Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine*, Harvard LR 1990, p. 1137.
- Weisser, Ralf, *Dienstleistung zum Vertrieb digitaler Pay TV-Angebote*, ZUM 1997, p. 877.
- Welch, Judith J. / Anderson, Wayne L., *Copyright Protection of Computer Software in Japan*, CLJ 1991, p. 287.
- Werner, Marcus, *CD-ROM-Nutzungsbedingungen*, CR 1998, p. 391.
- Westphalen, Friedrich, *Qualitätssicherungsvereinbarungen*, CR 1993, p. 65.
- Wiebe, Andreas, *Rechtsschutz von Datenbanken und europäische Harmonisierung*, CR 1996, p. 198.
- , *European Copyright Protection of Software from a German Perspective*, CL&P 1993, p. 79.
- , *Reverse Engineering und Gemeinsschutz von Computerprogrammen*, CR 1992, p. 134.
- Wilkins, Jon S., *Protecting Computer Programs as Compilations under Computer Associates v. Altai*, Yale LJ 1994, p. 435.
- Williamson, Mary, *A Brief Defense of Mass Market Software License Agreements*, Rutgers LJ 1996, p. 335.
- Winter, J.A., *Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, CMLR 1972, p. 425.
- Wittweiler, Bernhard, *Produktion von Multimedia und Urheberrecht aus schweizerischer Sicht*, UFITA 1995, p. 5.
- Worthy, John, *Intellectual Property After GATT*, EIPR 1994, p. 195.
- Xueref, Carol / Brousse, Pascal, *EDI: des "Editerms" pour traiter les problèmes juridiques de l'Exchange de Données Informatisées*, DIT 1/1992, p. 6.
- Zaccaria, Alessio, *La responsabilità del <produttore> di software*, CI 1993, p. 294.
- Zagami, Raimondo, *Firme <digitale>, crittografia e validità del documento elettronico*, DII 1996, p. 151.
- Zahrnt, Christoph, *Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht*, CR 1994, p. 455.
- Zeno-Zencovich, Vincenzo, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, DII 1998, p. 15.

- , *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, DII 1992, p. 25.
- , *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di direttiva sui programmi per elaboratore*, DII 1990, p. 77.
- , *La tutela giuridica dei programmi per elaboratore in Australia, Giappone, Gran Bretagna, Francia, Repubblica Federale di Germania e le prospettive di intervento legislativo in Italia*, Rdc 1987, I, p. 377.
- Zeno-Zencovich, Vincenzo / Zoppini, Andrea, *La disciplina dei servizi telematici nel quadro delle proposte comunitarie di tutela dei dati personali*, DII 1992, p. 755.



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

ÍNDICE



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

INTRODUÇÃO

	Págs.
§ 1. Moldura do Problema.....	17
§ 2. Linha de Análise	32

PARTE I

ESTADO ACTUAL DA QUESTÃO:
TECNOLOGIA, AUTORIA E PROPRIEDADE

CAPÍTULO 1.º

CRÓNICA DE UMA METAMORFOSE ANUNCIADA

§ 3. Genebra, Dezembro de 1996: os Novos Tratados OMPI.....	51
§ 4. Bruxelas, Dezembro de 1997: Proposta de Directiva	65
§ 5. Marrakesh, Abril de 1994: Acordo ADPIC (Revisitado).....	69
§ 6. Economia da Informação: Balanço de Interesses	79
§ 7. Propriedade e Direito de Autor na Sociedade da Informação	81
§ 8. Acervo Comunitário em Direito de Autor e Direitos Conexos.....	87
§ 9. Convenção de Berna (Paris 1971): “Magna Carta do Direito de Autor”	93
§ 10. Harmonização e Tradições Nacionais: <i>Droit d’auteur v. Copyright</i>	96
§ 11. Resumo e Sequência	107

CAPÍTULO 2.º

DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM DIREITO DE AUTOR
E DIREITOS CONEXOS

§ 12. Natureza Jurídica do Direito de Autor: <i>vexata quaestio</i>	113
§ 13. Monopólio <i>versus</i> Propriedade	120
	Págs.
§ 14. A Propriedade Intelectual no Código Civil	123
§ 15. Propriedade e Domínio Público	130
§ 16. Da Coisa e sua Incorporalidade.....	132
§ 17. Analogias e Natureza da Coisa	150
§ 18. Unidade e Fragmentaridade do Sistema Jurídico.....	158
§ 19. Enquadramento Sistemático dos Direitos Conexos	165
§ 20. Alguns Problemas.....	177
§ 21. Fundamentos da Propriedade Intelectual.....	181
§ 22. Empresa e Direito de Autor	189
§ 23. <i>Post Scriptum I</i> — Resultados e Perspectivas	209

PARTE II

TRADIÇÃO E NOVIDADE EM DIREITO DE AUTOR

CAPÍTULO 3.º

DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR

§ 24. Rumo e Referência aos Direitos Conexos.....	217
§ 25. Da Obra Literária e Artística.....	225
§ 26. Criações Multimedia.....	262
§ 27. Autoria e Titularidade.....	274
§ 28. Traços do Conteúdo do Direito de Autor.....	302
§ 29. Patrimonialidade e Direito de Utilização.....	303
§ 30. Pessoalidade e Direito Moral.....	339
§ 31. Temporalidade (Domínio Público Cultural) e Territorialidade.....	375
§ 32. Gestão (Colectiva) do Direito de Autor.....	380

CAPÍTULO 4.º

DIGITALIZAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR

§ 33. “Lacuna” e Tecnologia Digital.....	389
§ 34. Obra e Sequências de Dígitos.....	397
§ 35. Autor e Criações Artificiais.....	405
§ 36. Distribuição e Mercado Virtual.....	410
§ 37. Tecnologia e Direito Tecnológico.....	419
§ 38. <i>Post Scriptum II</i> — Direito de Autor <i>ex machina</i> (?).....	432

PARTE III

DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO CIBERESPAÇO
— WWW —

CAPÍTULO 5.º

PROGRAMAS DE COMPUTADOR, BASES DE DADOS
ELECTRÓNICAS E DIREITO DE AUTOR EUROPEU

§ 39. Significado e Valor das Directivas.....	453
§ 40. Impulsos e Opções.....	461
§ 41. Âmbito, Objecto e Requisitos de Protecção	467
§ 42. Autores e Titulares de Direitos	492
§ 43. O Silêncio dos Direitos Morais	496
§ 44. Catálogo de Direitos Patrimoniais	504
§ 45. Reprodução e Cópia Digital	505
§ 46. Transformação e Derivados	527
§ 47. Comunicação ao Público e Interactividade.....	539
§ 48. Distribuição e Esgotamento (Comunitário).....	568
§ 49. Excepções, Limites e Arquivos Digitais	589
§ 50. Temporalidades	629

CAPÍTULO 6.º

SOFTWARE, MULTIMEDIA, INTERNET, E DIREITOS DE EXCLUSIVO SUI GENERIS

§ 51. Nas Margens do Direito de Autor.....	635
§ 52. Descompilação e Interoperabilidade (Algoritmos e Dados).....	641
§ 53. Informação e Direito do Produtor de Bases de Dados.....	670
§ 54. Tutela Jurídica de Sistemas Técnicos de Protecção e Identificação: Criptografia, Estenografia e <i>Secondary Infringements</i>	695
§ 55. <i>Post Scriptum III</i> — Análise de um Caso Prático: Apreensão de Dispositivos de Contornamento ou Supressão de Medidas Tecnológicas de Protecção de Programas de Computador.....	742

CONCLUSÃO

§ 56. A Propriedade Tecnodigital.....	783
---------------------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA

1. Monografias e Colectâneas	791
2. Publicações Periódicas.....	824



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

STVDIA IVRIDICA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA — BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

- 1 – A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas fundamentais*. 1993.
- 2 – MARIA JOÃO ANTUNES, *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis (Os arts. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982)*. 1993.
- 3 – FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*. 1994.
- 4 – PEDRO CARLOS BACELAR DE VASCONCELOS, *A separação dos poderes na Constituição Americana (Do Veto Legislativo ao Executivo Unitário — A Crise Regulatória)*. 1994.
- 5 – JOSÉ CASALTA NABAIS, *Contratos Fiscais (Reflexões acerca da sua admissibilidade)*. 1994.
- 6 – MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Contributo para a interpretação do artigo 219.º do Código Penal (O crime de omissão de auxílio)*. 1994.
- 7 – LUZIA MARQUES DA SILVA CABRAL PINTO, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. 1994.
- 8 – FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no Direito Civil (Algumas notas tendentes à definição do seu regime)*. 1995.
- 9 – FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Autonomia colectiva dos trabalhadores da Administração. Crise do modelo clássico de emprego público*. 1995.
- 10 – MARIA GABRIELA DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *A assistência técnica nos contratos de know-how*. 1995.
- 11 – AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, *OPA — Da oferta pública de aquisição e seu regime jurídico*. 1995.
- 12 – MARIA REGINA GOMES REDINHA, *A relação laboral fragmentada — Estudo sobre o trabalho temporário*. 1995.
- 13 – JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (Algumas considerações)*. 1995.
- 14 – M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*. 1995 (1.ª ed.) e 1997 (2.ª ed.).
- 15 – MARIA JOSÉ DE OLIVEIRA CAPELO, *Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação*. 1995.
- 16 – FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *A posição do accionista face aos lucros de balanço — O direito do accionista ao dividendo no Código das Sociedades Comerciais*. 1996.
- 17 – PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Comunitário e propriedade industrial — O princípio do esgotamento dos Direitos*. 1996.
- 18 – JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva — Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. 1996.
- 19 – PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (O património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*. 1996.
- 20 – PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Constituição, direito e utopia — Do jurídico-constitucional nas utopias políticas*. 1996.
- 21 – JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e responsabilidade médica*. 1996.
- 22 – MARIA FERNANDA DOS SANTOS MAÇAS, *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*. 1996.
- 23 – MARIA ALEXANDRA DE SOUSA ARAGÃO, *O Princípio do Poluidor Pagador — Pedra angular da política comunitária do ambiente*. 1997.
- 24 – CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis e «in dubio pro reo»*. 1997.
- 25 – JOSÉ JOAQUIM LOPES PRAÇA, *Direito Constitucional Português*. 3 Vols., 1997.
- 26 – A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano — III (Direitos Reais)*. 1997.
- 27 – MARIA JOÃO ROMÃO CARREIRO VAZ TOMÉ, *O direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal*. 1997.
- 28 – JOÃO JOSÉ NOGUEIRA DE ALMEIDA, *A*

- restituição das ajudas de Estado concedidas em violação do Direito Comunitário.* 1997.
- 29 – JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *Tutela ambiental e contencioso administrativo (Da legitimidade processual e das suas consequências).* 1997.
- 30 – MARIA BENEDITA MALAQUIAS PIRES URBANO, *O Referendo — Perfil histórico-evolutivo do instituto. Configuração jurídica do referendo em Portugal.* 1998.
- 31 – ANTÓNIO CÂNDIDO, *Condições científicas do direito de sufrágio — Lista múltipla e voto uninominal.* 1998.
- 32 – FERNANDA PAULA MARQUES DE OLIVEIRA, *As medidas preventivas dos Planos Municipais de Ordenamento do Território — Alguns aspectos do seu regime jurídico.* 1998.
- 33 – PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social — Noção, princípios e funções.* 1998.
- 34 – ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas.* 1998.
- 35 – MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *As medidas provisórias na jurisprudência recente do Tribunal Internacional de Justiça.* 1998.
- 36 – PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS, *O contrato de consórcio — No âmbito dos contratos de cooperação entre empresas.* 1999.
- 37 – CATARINA SERRA, *Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência.* 1999.
- 38 – AAVV — *O Direito Comunitário e a Construção europeia.* 1999.
- 39 – ALBERTO FRANCISCO RIBEIRO DE ALMEIDA, *Denominação de origem e marca.* 1999.
- 40 – AAVV — *Portugal-Brasil ano 2000 — Tema Direito.* 1999.
- 41 – AAVV — *Perspectivas do Direito no Início do Século XXI.* 1999.
- 42 – ANTÓNIO ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, *O conhecimento probatório do co-arguido.* 1999.
- 43 – LUÍS MIGUEL D. P. PESTANA DE VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira (factoring).* 1999.
- 44 – JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais.* 1999.
- 45 – AAVV — *Vicente Ferrer Neto Paiva — No segundo centenário do seu nascimento, a convocação do Krausismo.* 1999.
- 46 – AAVV — *20 anos da Constituição de 1976.* 2000.
- 47 – WLADIMIR AUGUSTO CORREIA BRITO, *A Convenção-Quadro Europeia sobre a cooperação transfronteiriça entre as colectividades ou autoridades territoriais.* 2000.
- 48 – AAVV, *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra.* 2000.
- 49 – NUNO GONÇALO DA ASCENÇÃO SILVA, *A constituição da adopção de menores nas relações privadas internacionais: Alguns aspectos.* 2000.
- 50 – A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano - I [Parte Geral. (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)].* 2000.
- 51 – MARIA CLARA CALHEIROS, *O contrato de swap.* 2000.
- 52 – MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado.* 2000.
- 53 – RAÚL C. ARAÚJO, *Os sistemas de governo de transição democrática nos P.A.L.O.P.* 2000.
- 54 – PAULO ALBERTO VIDEIRA HENRIQUES, *A desvinculação unilateral ad nutum nos*