

COIMBRA  
2003

Uma cidade viva.

CDIF'03  
JUN'03

CIBERSCÓPIO

## CIBERDIFUSÃO

### Direitos de Autor, da Imprensa à Internet Alexandre Dias Pereira

Sumário: 1. Dos reais privilégios de impressão à sagrada propriedade literária. 2. Noções básicas de direitos de autor. 3. O desafio da Internet aos direitos de autor: 3.1. Digitalização, convergência e interactividade; 3.2. O Novo Paradigma Tecnológico e o Código do Direito de Autor; 3.3. A harmonização comunitária do direito de autor; 3.4. Da criação literária e artística ao mercado dos bens culturais como objectos de consumo. 4. Uma perspectiva dos direitos de autor na Internet: 4.1. A promoção da autoria, da ciência e da liberdade de navegação; 4.2. O valor cultural dos direitos de autor.

#### 1. Dos reais privilégios de impressão à sagrada propriedade literária

Os direitos de autor surgiram modernamente com a introdução da tecnologia dos caracteres móveis na Europa através da célebre invenção da Imprensa devida a Gutemberg no séc. XV. Porém, não se tratava então de reconhecer direitos aos autores, mas antes da outorga de privilégios reais de impressão e comercialização de livros, muitos deles oriundos dos pensadores da Antiguidade greco-romana. A imprensa era uma nova actividade económica, e com ela surgiria a moderna indústria gráfica e florescia o comércio de livros. Sendo que o exercício desta actividade económica, que se traduzia em imprimir e comercializar livros, dependia de autorização prévia do Rei, à semelhança do que se passa, actualmente, com a televisão, *mutatis mutandis*.

Dizer que os direitos de autor – ou, melhor dito, os privilégios de impressão e de comercialização de livros – são fruto do progresso tecnológico da época não significa que a história do direito de autor tenha começado com o Renascimento, se bem que a imprensa muito tenha contribuído para este marco histórico da civilização ocidental. Para além de registos vários na Antiguidade, é de referir a *Lex Fabia ex plagiaris* dos Romanos. A ela se deve ainda hoje a utilização do termo *plágio* para significar infracção aos direitos de autor. E afinal que veio dizer a *Lex Fabia ex plagiaris*? Curiosamente não tinha a ver com direitos de autor, mas antes com o problema de saber, nomeadamente, a quem pertence a cria de um animal furtado. Não obstante, não deixa de ser extremamente curioso que o princípio firmado nessa lei romana viesse a ser invocado pelo Rei Irlandês, já na Idade Média, para fundamentar a sua decisão sobre um caso de direitos de autor, em que o discípulo se tinha apoderado das lições do mestre, copiando-as. Disse então o Rei Irlandês: “To every cow her calf, and consequently to every book its copy”...

Claro que nesta época as cópias eram feitas manualmente pelos monges e escribas. Autênticas preciosidades, como se poderá ainda encontrar na Joanina.

CDIF'03  
JUN'03

O livro era um bem de acesso reservado, não apenas porque poucos eram os que podiam ler mas também porque os livros se encontravam religiosamente guardados como tesouros nas bibliotecas. De algum modo, os livros eram vistos como depositários das ciências da vida e do bem e do mal, pelo que a sua frequência deveria ser restrita a quem tivesse prestado previamente todos os necessários votos. Vem-nos à memória “O Nome da Rosa”, de Umberto Eco, como ilustração do que se acaba de dizer. Recorde-se também o “Corcunda de Notre-Dame”.

Esta referência permite compreender, por outro lado, que a imprensa carregava no seu ventre algo mais do que uma actividade comercial. É legítimo dizer que a imprensa terá sido um factor chave na cisão eclesiástica que se operou com a publicação em alemão da Bíblia. É ainda legítimo afirmar que o Iluminismo não teria sido possível sem a imprensa. Finalmente, dificilmente o ideário revolucionário demoliberal teria tido o impacto que teve sem a imprensa. O mesmo se diga em relação a muito do sangue com que se escreve as páginas da história moderna. Pois que a imprensa potenciou a liberdade de expressão, tornando possível a veiculação de informação e a comunicação entre ausentes.

Com as revoluções liberais, a imprensa e o comércio em geral tornaram-se actividades livres, isto é, não dependentes de autorização do Estado. E é então que surge o direito de autor propriamente dito. Pioneiro foi o Estatuto de 1710 da Rainha Ana de Inglaterra, editado “para o encorajamento da ciência e garantia da propriedade dos livros impressos”. A justificação da protecção das obras seria a propriedade literária do autor como fruto do seu trabalho criador na construção do pensamento de Locke.

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 (1789), 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 à propriedade literária



CDIF'03  
JUN'03



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”; a ele se devendo a introdução, entre nós, da propriedade literária e artística, de que fez Tratado o Visconde de Carnaxide (1918).

Desde então, a evolução das leis sobre direitos de autor tem sido um processo de adaptação aos novos desafios da tecnologia, sendo de destacar que a importância desta matéria levou à adopção de diversos instrumentos de direito internacional, de que é expressão maior a Convenção de Berna, bem como de sete directivas de harmonização no direito comunitário.

## 2. Noções básicas de direitos de autor

Em ordem a clarificar algumas noções sobre a problemática dos direitos de autor, da imprensa à internet, exporemos, em traços largos, as principais notas deste ramo do direito. Em síntese, o direito de autor é uma forma de propriedade intelectual destinada a proteger, em exclusividade, obras literárias e artísticas geradas por pessoas humanas no exercício da liberdade de criação cultural.

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

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

Terceiro, o direito de autor tem um conteúdo misto, pessoal e patrimonial.



CDIF'03  
JUN'03



O primeiro é indisponível e irrenunciável e destina-se a proteger a honra e reputação do autor enquanto criador literário ou artístico. Nessa medida, confere-lhe, *inter alia*, o direito de reivindicar a paternidade e o direito de se opor a actos de deturpação, modificação ou destruição da obra. O direito *patrimonial* é disponível, abrangendo o exclusivo de todas as formas possíveis, actuais ou futuras, de utilização da obra. Cada utilização da obra é independente das demais e o direito de exclusivo projecta-se na conformação de cada utilização concreta. O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos regula diversos tipos de utilização da obra, nomeadamente, a edição, a representação cénica e a recitação, a produção audiovisual e fonográfica, a radiodifusão<sup>1</sup>.

Quarto, o direito de autor tem limites. A sua conciliação com outros valores do sistema limita-o em vários aspectos. Por um lado, a questão da privacidade do utilizador. Por outro, fins de interesse social. É a chamada utilização livre para fins de informação, educação, crítica, investigação, arquivo, bibliotecas, centros de documentação, etc. Estes fins justificam que outros que não o titular do direito exclusivo possam praticar determinados actos de utilização da obra. São fins de interesse geral, como a promoção da ciência e da educação, da circulação da informação, da preservação da memória histórica nos arquivos, etc. Além disso, o direito de autor tem limites temporais e territoriais. O alcance destes últimos tende a reduzir-se em virtude das Convenções Internacionais<sup>2</sup> Os primeiros são actualmente regidos pelo princípio dos 70 anos *post mortem auctoris*.

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

### 3. O desafio da Internet aos direitos de autor

**3.1.** A Internet é um novo e poderoso meio de comunicação. Este novo modo de “vida-com-os-outros” é a infra-estrutura comunicacional da Sociedade da Informação, no seio da qual se assiste ao desenvolvimento exponencial da economia digital do comércio electrónico. A novidade da Internet está tanto no modo de



CDIF'03  
JUN'03



transmissão de mensagens como nas próprias mensagens em si. Com efeito, por um lado, a Internet permite reunir num só meio diferentes meios de comunicação (imprensa, rádio, televisão, etc.). Por outro lado, em formato digital, as mensagens veiculadas pelas internet podem revestir natureza multimedia (texto/som/imagem). Contudo, a nota mais impressionante deste novo meio de comunicação é, para além da convergência multimedia, a interactividade com o destinatário, o qual pode conformar os conteúdos informativos que utiliza. Sendo que o novo “paradigma” tecnológico instituído pelos computadores digitais, numa palavra, pela informática, é o elemento dominante: não apenas integra os meios tradicionais mas também altera-lhes a natureza, imprimindo-lhes um carácter novo.

**3.2.** O actual Código do Direito de Autor<sup>3</sup> não foi feito para regular este novo meio de comunicação. Apesar de ser relativamente recente — data de 1985 —, o Código do Direito de Autor não abrange na sua regulamentação típica os problemas suscitados pela informática e, especialmente, pela Internet. Isto não é, aliás, de estranhar. No direito comparado, as experiências mais influentes só recentemente começaram a adaptar-se aos novos problemas da técnica, *maxime* por imposição vertical de Tratados Internacionais<sup>4</sup> e/ou, como é o caso na União Europeia, por força das directivas comunitárias.

Claro que os problemas que a Internet generalizou não nasceram ontem. E, por isso, algumas leis, no direito comparado, contemplavam já soluções para este novo meio de comunicação. Assim é de referir, nomeadamente, que na década de oitenta a legislação de países como a França (85) e a Espanha (87) incluíam já a transmissão electrónica em redes informáticas de obras protegidas pelo direito de autor na família do direito de comunicação ao público. Além disso, a nova legislação do Reino Unido (88) previa já, em termos generalizados, a protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção, quer no que respeita aos dispositivos anti-cópia, quer no que toca aos dispositivos de encriptação de mensagens rádio-difundidas por satélite e retransmitidas por cabo<sup>5</sup>.

Neste sentido, a evolução do direito de autor estará em continuidade com soluções já anteriormente consagradas. Haverá, todavia, a registar uma diferente abordagem no que respeita à experiência germânica. Neste país muito do que agora faz parte do chamado “direito de autor tecnológico” era antes considerado como concorrência desleal. Assim se passava no que respeita à protecção de bases de dados electrónicas e à tutela dos sistemas técnicos de protecção anti-cópia e anti-recepção de programas codificados. O que para o direito inglês era “copyright” para os alemães não passava de um problema de concorrência



CDIF'03  
JUN'03



desleal, que não de direitos privativos. Não obstante, os interesses em conflito não se compadeciam com a indefinição de cláusulas gerais (“bons costumes”), de concretização variável pela jurisprudência. A indústria da comunicação e da informação reclamava normas legais de protecção que atribuíssem esferas de exclusivo relativamente aos seus produtos e serviços<sup>6</sup>. Em suma, que se clarificasse que a utilização de obras e prestações nas redes informáticas não era livre e que se alargasse o âmbito de protecção relativamente a actos que tradicionalmente não seriam abrangidos pelo direito de autor.

**3.3.** Na União Europeia, foram adoptadas diversas medidas de harmonização, na sequência de um programa de acção traçado no famoso Livro Verde de 1988 sobre direitos de autor e os desafios da tecnologia<sup>7</sup>. Descobre-se então que o direito de autor tem um dimensão mercantil fundamental e que, portanto, é necessário harmonizar comunitariamente este instituto, a bem do mercado interno.

E, justamente, a bem do mercado interno, os programas de computador foram postos de igual com as obras literárias<sup>8</sup>, como por exemplo a Mensagem de Fernando Pessoa; a bem do mercado interno, os direitos conexos foram virtualmente harmonizados<sup>9</sup>, atribuiu-se o exclusivo da retransmissão por cabo às entidades de gestão colectiva<sup>10</sup>, o prazo de duração subiu para os 70 anos *post mortem auctoris*<sup>11</sup>, e, entre outras medidas, criou-se um novo direito de protecção das empresas de informação: o direito *sui generis* do produtor de bases de dados<sup>12</sup>. Além do mais, a Comunidade seria um dos protagonistas principais na Conferência Diplomática da Organização Mundial da Propriedade Intelectual que levou à adopção dos novos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual<sup>13</sup>, acabando com o chamado “woodstock electrónico”. Seguiu-lhes uma directiva destinada a implementar estes Tratados no direito comunitário e, por via disso, na ordem jurídica dos diversos Estados-membros<sup>14</sup>.

No meio de toda esta produção legislativa, o direito de autor sai, necessariamente, reforçado, se bem que, ao mesmo tempo, de algum modo adulterado nos seus princípios. Primeiro, só por interpretação *a contrario* se encontram referências aos direitos morais dos autores, que serão de respeitar ao menos nos termos da Convenção de Berna. Há uma década a esta parte que os EUA aderiram à Convenção de Berna (89), e depois os europeus esclareceram que os programas de computador seriam obras literárias no sentido desta Convenção (91). Porém, nem os US modificaram o seu conceito de “Copyright” em favor do modelo que subjaz à Convenção de Berna segundo o Acto de Paris de 1971, nem



CDIF'03  
JUN'03



os programas de computador passaram a ser, por causa disso, obras literárias<sup>15</sup>. Claro que a Convenção saiu reforçada no panorama internacional, mormente com o ADPIC (94)<sup>16</sup>. Porém, nada neste Tratado impõe o respeito pelos direitos morais dos autores, havendo portanto um longo caminho a percorrer no sentido da aproximação do “*copyright*” estadunidense ao “*droit d’auteur*” europeu.

Segundo, a protecção jurídica dos sistemas técnicos de protecção e identificação aplicar-se-á, na Europa, não apenas aos direitos de autor e aos direitos conexos tradicionais, mas também ao direito *sui generis* do produtor de bases de dados. Isso significa que a protecção jurídica dos dispositivos tecnológicos já nada terá a ver com o direito de autor, pois que poderá uma tal base nem ser protegida pelo direito de autor nem conter obras por ele protegidas. Trata-se de um puro direito de protecção de conteúdos informativos, destinado a tutelar investimentos de produção contra actos de concorrência parasitária e, mesmo, actos de utilizadores finais que afectem o investimento (por ex., tendo acesso à base sem pagar o respectivo título de acesso). E com isto o domínio público parece ser eclipsado.

Tanto mais que, em terceiro lugar, para além dos alargados prazos de protecção, caminha-se no sentido de listas taxativas e opcionais de “excepções” ao direito de autor. Isto é, ao contrário do que previam as Declarações Acordadas dos Tratados OMPI, o direito comunitário, a bem do mercado interno e agora da construção da Sociedade da Informação, limita a um quadro taxativo (*numerus clausus*) e opcional as formas de utilização que não carecem de autorização do titular do direito (ou dos seus representantes) — que aliás, poderá ser outrem que não o autor em sentido próprio. Acresce que tais utilizações, para além de só poderem visar fins bem definidos, estão condicionadas à prestação de uma remuneração equitativa destinada a compensar os interesses dos titulares dos direitos.

Quarto, a questão da privacidade é hoje crucial, no que respeita aos diferentes contornos do direito de autor. Com efeito, tradicionalmente o direito de autor não justifica a violação da esfera privada familiar ou doméstica. Porém, a proibição geral de actos de contornamento de dispositivos que impedem o acesso a obras colocadas à disposição do público em linha por forma electrónica põe o utilizador final destas obras em condições análogas às do utente de serviços de telecomunicações, que pode ser controlado pelo acesso e utilização que faça desses serviços<sup>17</sup>.

Há, por assim dizer, um “panóptico ciberespacial” ou “Big-Brother electrónico”

CDIF'03  
JUN'03

que controlará virtualmente todos aqueles que queiram ver/ouvir/ler sem pagar ou, ao menos, sem licença. Temos, deste modo, que, em nome dos direitos de autor, se poderá pretender invadir a esfera privada dos cibernautas, tratando cada computador pessoal ligado à rede como um potencial servidor, fazendo lei da máxima “quem está em linha está em público” e procurando, no fundo, eliminar a liberdade de cópia privada no ambiente digital<sup>18</sup>. Com isso, querer-se-á justificar a licitude de os detectives electrónicos da cyberpol se alojarem na memória dos computadores pessoais, passando-os em revista, para saber se contêm reproduções não autorizadas de obras e prestações protegidas. A nosso ver, tal invasão da privacidade em nome dos direitos de autor seria manifestamente excessiva e desajustada. Os direitos de autor não deveriam franquear as portas da esfera pessoal, do “meio familiar”, pois não nos parece que os interesses dos seus titulares justifiquem tais opções de política legislativa, tendo em conta os valores que se encontram no outro prato da balança. De resto, tendo em conta as opções tecnológicas disponíveis para proteger as obras digitais (por ex., os envelopes criptográficos), bem como o arsenal já adoptado de tutela jurídica dessas barreiras tecnológicas, os interesses dos titulares de direitos seriam convenientemente satisfeitos através da instituição de uma compensação equitativa pela reprodução privada de obras em suportes informáticos, tal como, aliás, parece resultar da Directiva sobre direito de autor na Sociedade da Informação (art. 5.º, 2-a).

Note-se ainda, no que respeita ao problema da cópia privada no ambiente digital, em especial no que toca à questão de saber se o direito de autor poderá justificar a revista por agentes electrónicos ao computador pessoal de cada um em busca de cópias ilícitas, que o regime da compensação por reprodução prevista no art. 82.º do CDADC<sup>19</sup> exclui do seu âmbito da aplicação os programas de computador e as bases de dados constituídas por meios informáticos, bem como os equipamentos de fixação e reprodução digitais e correspondentes suportes. Isto poderá querer significar que a cópia privada em suporte informático não é permitida entre nós, por isso não se justificando aquela compensação, mas já se dando apoio aos agentes que patrulham a rede, incluindo cada computador pessoal a ela ligado, em busca de cópias ilícitas. Trata-se de uma situação que deverá ser revista a curto prazo. Com efeito, se em relação aos programas de computador e às bases de dados electrónicas a cópia privada não é admitida (não se justificando portanto tal compensação), já no que respeita às restantes obras e prestações a directiva permite a cópia privada, justificando portanto tal compensação (art. 5, 2-b). Mesmo que o titular de direitos utilize sistemas anti-cópia, a directiva permite aos Estados-Membros a adopção de medidas que tor-



CDIF'03  
JUN'03



nem possível a sua realização lícita, justificando-se também aqui a compensação pela cópia (art. 6, 4, 2. para). Isto significa, pela negativa, que o direito de autor não justificará a devassa da privacidade dos utilizadores de obras para saber se são detentores de cópias privadas ilícitas. De resto, em princípio, a questão não deverá ser muito diferente no que respeita aos programas de computador e às bases de dados electrónicas<sup>20</sup>, em especial no que toca aos programas de computador uma vez que a lei permite expressamente ao utilizador legítimo a realização de uma cópia de segurança<sup>21</sup>.

**3.4.** Assim, a propósito do direito de autor, assiste-se à criação de um direito marcadamente económico e de feições tecnológicas, que se traduz numa admirável “propriedade tecnodigital”<sup>22</sup>. Mas, neste processo, o autor literário e artístico já não é a personagem central ou o protagonista principal deste enredo normativo. É antes cada vez mais um mero figurante, ademais fungível em vista dos desenvolvimentos da inteligência artificial.

O moderno direito de autor não tem como centro de gravidade o autor como pessoa física criadora no exercício da sua liberdade de criação intelectual, mas antes as empresas que operam nos mercados da comunicação e da informação. De direito da criação literária e artística o direito de autor transforma-se num direito de regulação dos mercados dos bens culturais, que tendem a ser considerados bens de consumo como os demais. A Internet carrega no seu ventre a viragem do direito de autor para o acto económico do consumo. O autor não passa de sujeito, aliás fungível, na produção dos conteúdos informativos, que as empresas exploram pela distribuição junto de outras empresas e do próprio consumidor final.

#### **4. Uma perspectiva dos direito de autor na Internet**

**4.1.** A discussão em torno do problema do papel dos direitos de autor na sociedade da informação animou intensamente diversos *fora* um pouco por toda a parte durante a segunda metade da passada década de noventa. Com efeito, no direito comparado, em especial nos EUA, bem como no espaço europeu, o debate esteve e continua bastante animado, em virtude da importância que se antecipa para os direitos de autor no futuro da sociedade da informação.

A nível internacional foram adoptados em Dezembro de 1996 os novos Tratados da OMPI sobre direito de autor e certos direitos conexos, em ordem a actualizar a



CDIF'03  
JUN'03



Convenção de Berna às exigências da chamada “agenda digital”. Posteriormente, os EUA aprovariam a Lei Milénio Digital sobre Direitos de Autor (Outubro de 1998) e, na UE, seria adoptada a Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa a harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

Todavia, estes instrumentos legais parecem, em larga medida, a tratar os direitos de autor apenas como mera mercadoria de comércio, na linha, aliás, dos respectivos documentos oficiais preparatórios e do *Diktat* mercantilista do Acordo TRIPs/ADPIC (1994). Esta orientação parece informar também a Convenção relativa ao Cibercrime, adoptada pelo Conselho da Europa em 23 de Novembro de 2001, em Budapeste (*vide* Art. 10 relativo às ofensas relacionadas com violações dolosas aos direitos patrimoniais de autor e direitos conexos por meio de computadores e para fins comerciais)<sup>23</sup>.

Não nos juntamos ao *requiem* pelo direito de autor, isto é, recusamos a visão da sua “morte anunciada” no ambiente digital. Mas, de igual modo, também não defendemos uma visão maximalista dos direitos de autor na SI. Parece-nos que a perspectiva correcta assenta na defesa de um papel promocional dos direitos de autor na sociedade da informação, que todavia não os remeta a uma dimensão puramente instrumental da política de informação. De entre os diversos aspectos que o direito de autor deverá promover, enquanto pilar jurídico fundamental da construção da sociedade da informação, destacaremos sumariamente os seguintes:

1.º Promover a *autoria*, protegendo a criatividade do engenho humano ao nível de formas originais de expressão literária e artística. O direito de autor deverá continuar a assentar neste valor, que se encontra, de resto, consagrado no Art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 42.º da Constituição da República Portuguesa, projectando-se numa compreensão destes direitos como algo de qualitativamente distinto de meras mercadorias de comércio;

2.º Promover a *ciência*, a investigação, a educação, o acesso público à informação e a preservação da herança cultural. Os direitos de autor comportam tradicionalmente excepções relevantes aos direitos exclusivos, destinadas a promover o desenvolvimento da investigação científica e da educação nomeadamente através das escolas e bibliotecas. De igual modo, são normalmente contempladas excepções destinadas a permitir o livre fluxo da informação através dos media, para além de que os direitos de autor não protegem determi-



CDIF'03  
JUN'03



nados tipos de informação e são limitados no tempo. Finalmente, os direitos de autor consagram excepções para fins de arquivo, permitindo a preservação da memória cultural em arquivos e centros de documentação.

Ora, entre outros aspectos, estas limitações aos poderes exclusivos do direito de autor jogam um papel de extrema importância ao nível da formação de uma opinião pública crítica, a qual, de resto, é indispensável à existência de um genuíno diálogo democrático. A este respeito é de registar que a directiva comunitária, embora permita aos Estados-membros a adopção (e/ou a manutenção) deste tipo de excepções, também lhes permite, ao mesmo tempo, que não consagrem a licitude de actos de neutralização de sistemas técnicos de protecção das obras para os fins visados por essas excepções – além de que estende o regime de protecção destes sistemas ao direito especial do fabricante de bases de dados instituído pelo Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março, que em larga medida poderá “eclipsar” esses fins sociais do direito de autor.

3.º Promover a *liberdade de navegação* na Internet, através da promoção da licitude dos actos de reprodução meramente técnica e dos actos de descompilação, por um lado, e da regulamentação dos contratos e das protecções tecnológicas, por outro.

Para começar, a liberdade de navegação na Internet assenta na licitude de certos actos de reprodução temporária. A directiva sobre comércio electrónico<sup>24</sup> determina as condições segundo as quais o direito de reprodução não abrange esses actos, no sentido de serem excluídos do exclusivo os actos de simples transporte e armazenagem temporária e em servidor («*mere conduit*», «*system caching*», «*hosting*»), isentando de responsabilidade os prestadores de serviços da sociedade da informação relativamente à prática de tais actos. A Directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE) veio esclarecer que não são abrangidos no exclusivo de reprodução os actos transitórios e episódicos (1) que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico (2) cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário (3.1.) ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar (3.2.), e que não tenham, em si, significado económico (4). Isto significa que, nessas condições, também o «*browsing*» é excluído do direito de reprodução, bem como, a nosso ver, os actos de hiperligações (*hyperlinks*), sejam simples, profundas ou mesmo incorporantes<sup>25</sup>.

CDIF'03  
JUN'03

Por outro lado, a promoção da interoperabilidade postula a licitude de operações de descompilação (ou engenharia regressiva) em ordem à criação de produtos compatíveis ainda que concorrentes. Neste sentido é de notar a Lei Milénio Digital dos EUA que veio consagrar expressamente, em forma de lei, o *case law* elaborado pela jurisprudência deste país com base no princípio de *fair use*. Esta opção do legislador estadunidense não deixa de contrastar com a solução do legislador comunitário, que se limita a salvaguardar no preâmbulo da directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação a cláusula de descompilação prevista na Directiva 91/250/CEE, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador. De todo o modo, a liberdade de navegação na Internet por via da promoção da interoperabilidade através da licitude da descompilação para esses fins parece ser devidamente ressalvada no projecto de directiva sobre a patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador.

Depois, a regulamentação das licenças contratuais de utilização de bens informacionais em suporte electrónico e da protecção dos sistemas técnicos de protecção e identificação torna-se indispensável de modo a impedir-se que “a propósito” da liberdade contratual e, em especial, do direito de autor se acabe por instituir uma espécie de “propriedade tecnológica”, legitimando a chamada “electrificação da rede”. Pense-se na importância de decidir quais as excepções aos direitos de autor (e em especial ao *enigmático* direito do fabricante de bases de dados) que deverão justificar a licitude de actos de neutralização (e de actividades acessórias) de medidas tecnológicas de protecção. Com efeito, se toda e qualquer neutralização de um sistema técnico de protecção for proibida por lei, então de nada valerão as excepções ao direito de autor, não se prosseguindo no ambiente digital os interesses que acautelam. Pense-se, nomeadamente, na importância dessas excepções para o ensino à distância e para os arquivos electrónicos.

**4.2.** Em face do direito comunitário, não apenas a autoria, mas também o livre fluxo de informação e a liberdade de navegação parecem bastante comprometidas, uma vez que o direito especial do fabricante de bases de dados beneficiará de toda a protecção jurídica do arsenal tecnológico da criptografia; sendo que esse direito protege o que o direito de autor não protegia e no seu recorte negativo não se contam excepções que tradicionalmente estão presentes no direito de autor. A lógica deste direito é apenas a lógica da protecção do investimento, em ordem a promover a chamada indústria e o mercado da informação<sup>26</sup>. Pelo que essa lógica mercantilista parece sobrepor-se aos demais imperativos do



CDIF'03  
JUN'03



direito de autor ao nível da definição da sua estrutura como pilar da sociedade da informação.

Ora, uma política legislativa que não atenda ao valor cultural dos direitos de autor acabará por, em nome da protecção destes direitos, remetê-los para o estatuto de meros custos de produção senão mesmo de simples direitos conexos a algo novo que é o direito da informação (e das tecnologias), de rosto muito pouco humano. Oxalá, porém, que em nome do direito de autor o acesso aos livros e a outros bens culturais protegidos por estes direitos não seja “envenenado” como na famosa obra O Nome da Rosa, de Humberto Eco.

Finalmente, isto não significa da nossa parte uma compreensão dos direitos de autor como mero instrumento da política de informação na construção da sociedade da informação. Tal como dissemos no princípio, recusamos a pura instrumentalização do direito de autor à política da informação, bem como a diluição do direito de autor num genérico direito da informação. Com efeito, temos sustentado que se deveria perguntar não apenas qual é o papel do direito de autor na sociedade da informação mas também qual é o papel do autor numa tal sociedade. E neste passo não deixa de ser estranho que o legislador comunitário insista em harmonizar os direitos patrimoniais de autor apenas na óptica do mercado, deixando ao intérprete a difícil tarefa da determinação do valor do seu silêncio em termos de direitos morais dos autores – direitos esses que são a primigénia expressão da protecção da sua criatividade ao nível de formas originais de expressão literária e artística.

**4.4.** De todo o modo, o legislador não é, a nosso ver, o arquitecto principal da sociedade da informação, nem deverá cair na tentação de tudo pretender reduzir às suas formas jurídicas regulamentares e ao seu maleável arsenal conceitual. No quadro do emergente direito da sociedade da informação o legislador tem um papel importante a desempenhar na construção jurídica da sociedade da informação. Todavia, não lhe cabe o protagonismo principal, uma vez que a sua função é algo mais modesta. Que saiba proceder à ponderação de todos os interesses em conflito pela mediação dos valores fundamentais do sistema e consagrar opções legislativas de fundo, resistindo ao facilísimismo do legislar avulso, é, certamente, aquilo que a comunidade dele espera, em nome da qualidade das leis e da razoabilidade do legislador.

**Alexandre Dias Pereira**



CDIF'03  
JUN'03



### (Footnotes)

1 - Porém, os modos típicos de utilização das obras na Internet não estão expressamente contemplados nos regimes típicos de utilização. A utilização das obras na Internet poderá atingir quatro categorias distintas do direito exclusivo de utilização: a reprodução, a comunicação ao público, a distribuição e a transformação. O critério delimitador do exclusivo do autor era tradicionalmente a destinação pública do acto. Assim, a reprodução, a comunicação, a transformação ou a distribuição, quando feitas exclusivamente na esfera privada e sem contrapartidas lucrativas, eram actos excluídos do direito de autor. O gozo que se proporcionasse das obras nessas circunstâncias escaparia ao controlo do exclusivo. Por outras palavras, o direito de autor não franquearia as portas privadas da intimidade pessoal. Mas, estas noções clássicas estão em mutação por causa do ambiente digital em rede interactiva que constitui o paradigma tecnológico da Internet.

2 - Veja-se, em especial, os mínimos de protecção e o princípio do tratamento nacional consagrados na magna carta do direito de autor, a Convenção de Berna.

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

4 - Veja-se, especialmente, nos EUA, a *Digital Millennium Copyright Act*, de finais de 1998.

5 - *UK Copyright, Designs and Patents Act*, CDPA 1988.

6 - No direito comunitário, para além de ter sido concedida protecção aos investimentos dos produtores de bases de dados (a propósito do direito de autor), foram também já objecto de tutela os chamados serviços de acesso condicional mediante a adopção da 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, transposta pelo Decreto-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro.

7 - Os direitos de autor e os desafios da tecnologia, Livro Verde da Comissão [COM(88) 172].

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

9 - Directiva n.º 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.

10 - Directiva n.º 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

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

12 - Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados. Semelhante proposta não passaria na Conferência Diplomática da OMPI de Dezembro de 1996, em Genebra.

13 - Tratados da OMPI sobre Direito de Autor e sobre Prestações e Fonogramas (Genebra, Dezembro de 1996).

14 - Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

15 - Em atenção à natureza híbrida dos programas de computador o nosso legislador, perante a obrigação de transpor a directiva comunitária, concedeu-lhes apenas natureza análoga às obras literárias (Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro).



COIMBRA  
2003

Uma cidade viva.

CDIF'03  
JUN'03



CIBERSCÓPIO

16 - Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (APDIC 1994, OMC).

17 - Neste sentido, veja-se o Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 474/99, de 8 de Novembro. Sobre a protecção da privacidade, veja-se especialmente o regime do tratamento dos dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações (Lei n.º 69/98 de 28 de Outubro, que transpõe a Directiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997), que complementa a lei da protecção de dados pessoais (Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro, em transposição para a ordem jurídica portuguesa da 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).

18 - Ente nós, a liberdade da cópia privada está prevista no art. 81.º-b, do Código do Direito de Autor, se bem que com reservas, uma vez que a reprodução para uso privado só é admitida na medida em que “não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos legítimos interesses do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização”. Assim, dois dos três passos da regra da Convenção de Berna (art. 9, 2) foram deixados ao decisor, não se entendendo que o uso privado, só por si, satisfaz os três passos da regra. Nesta matéria, o jogo da Directiva 2001/29/CE é curioso. Permite a reprodução electrónica ou digital “para uso privado de uma pessoa singular e sem fins comerciais” (e se forem fins profissionais, embora não comerciais?), na medida em que “os titulares de direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação de medidas de carácter tecnológico” (art. 5.º-b), acrescentando-se que tal excepção só será permitida “em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito” (art. 5.º, 5). Mas, não é a reprodução para uso privado já um “caso especial”? E, só por si, não satisfaz este caso especial, nas condições referidas, a regra dos três da Convenção de Berna? Finalmente, permite ainda o instrumento comunitário que um Estado-Membro tome medidas no sentido de os beneficiários da excepção de cópia privada possam dela tirar partido, isto é, um Estado-Membro poderá prever na sua lei interna que a utilização (bem como a sua promoção, distribuição, etc. – art. 6.º, 1 e 2) de dispositivos de neutralização de um sistema anti-cópia não será proibida, “a menos (note-se!) que a reprodução para uso privado já tenha sido possibilitada por titulares de direitos na medida necessária para permitir o benefício da excepção ou limitação em causa e em conformidade com o disposto no n.º 2, alínea b), e no n.º 5 do artigo 5.º, sem impedir os titulares dos direitos de adoptarem medidas adequadas relativamente ao número de reproduções efectuadas nos termos destas disposições” (art. 6.º, 4, par. 3). Enfim, de tudo isto parece resultar que o legislador comunitário se dá bem com a erradicação da liberdade de cópia privada no ambiente digital, como já o fizera para os programas de computador e as bases de dados, permitindo aos titulares de direitos substituírem-se aos Estados-Membros na delimitação desse espaço de liberdade, que se antecipa muito escasso (ou talvez o quanto baste para justificar a compensação devida pela reprodução – art. 82.º do Código). Onde essa liberdade parece ser, de todo, excluída é no domínio do *pay-per-view* interactiva, uma vez que o estrito regime da liberdade de cópia privada digital “não se aplica a obras ou outros materiais disponibilizados ao público ao abrigo de condições contratuais acordadas e por tal forma que os particulares possam ter acesso àquelas a partir de um local e num momento por eles escolhido” (art. 6.º, 4, par. 4). Afinal, talvez este regime seja capaz de satisfazer as exigências do comércio mundial protegidas ao abrigo do Acordo ADPIC...

19 - Cfr. art. 1.º, 2, da Lei n.º 62/98 de 1 de Setembro.

20 - Não obstante, isto significa que a licitude da acção directa nestes casos poder-se-á revelar problemática. É verdade que a moldura penal abstracta do crime de reprodução ilegítima de programa protegido (art. 9.º da Lei da Criminalidade Informática, Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto) é superior à dos crimes contra a reserva da vida privada previstos no Código Penal. Pelo que, avaliando-se os interesses por aquela medida, a acção directa não seria por isso ilícita, uma vez que o agente visaria realizar ou assegurar interesses superiores aos sacrificados (art. 336.º do Código Civil). De todo o modo, é questionável que a moldura penal abstracta seja medida bastante para ajuizar da superioridade ou inferioridade de um interesse em relação a outro, embora não deixe de ser um critério, ainda que meramente “indiciário”. Por outro lado, parece claro que os interesses da personalidade, como a reserva da vida privada, deverão prevalecer sobre os interesses patrimoniais. Finalmente, a tutela penal dos programas de computador suscita várias questões, que põem em causa a sua vigência, além de que a fundamentação ética da punição criminal nos direitos de autor é também ela problemática.



COIMBRA  
2003

Uma cidade viva.

CDIF'03  
JUN'03



CIBERSCÓPIO

21 - Talvez, afinal, a lei de protecção do *software* possa servir de exemplo no que toca à regulamentação dos direitos dos utilizadores de obras em suporte electrónico (textos, músicas, imagens, jogos, etc.).

22 - Veja-se a nossa dissertação *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Stvdia Iuridica, 55, Coimbra Editora, 2001.

23 - Por outro lado, a adequação das políticas nacionais e internacionais dos direitos de autor na prossecução de objectivos da sociedade da informação deveria começar por saber o que é a sociedade da informação. Ora, qual é a concepção de sociedade da informação subjacente, nomeadamente, à directiva comunitária? No direito comparado não há uniformidade de entendimentos, antes se registando diferentes visões da sociedade da informação, pelo menos ao nível dos documentos oficiais. De resto, pretender definir a SI pela nota do determinismo tecnológico do mito de Gutenberg não é uma perspectiva unânime ao nível da compreensão da sociedade da informação. Será por isso a sociedade da informação apenas mais um "lema" ou "slogan" político, que no fundo serve meramente para legitimar novas áreas de intervenção do legislador comunitário, afirmando aí a sua competência, senão mesmo a sua soberania? Depois, deverá o direito de autor ser considerado como um simples instrumento normativo da política de informação? Isto é, será o direito de autor uma parte de um todo maior, que é a política de informação?

24 - 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").

25 - o que não significa que não possam ser proibidos por outros institutos jurídicos, nomeadamente a concorrência desleal ou a tutela dos serviços de acesso condicional.

26 - De resto, como referimos, um outro direito de protecção dos agentes deste mercado foi instituído pela Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à protecção jurídica dos serviços de acesso condicional.