

Estudos de

José de Oliveira Ascensão

DIREITO AUTORAL & SOCIEDADE INFORMACIONAL



A missão do Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA é estimular estudos e reflexões acadêmicas sobre os Direitos Intelectuais na Sociedade Informacional, observando as oportunidades fornecidas pela tecnologia para maior inclusão social, tecnológica e cultural.

O IODA, por meio de pesquisa multidisciplinares e com parcerias institucionais, realiza estudos da Sociedade Informacional, analisando as dimensões legais, sociais, econômicas, tecnológicas e culturais da Revolução da Tecnologia da Informação e Comunicação.



IODA - INSTITUTO OBSERVATÓRIO DO DIREITO AUTORAL
R. XV de Novembro - n. 556 - cj 1307 - andar 13 - Cond. Lustoza
CEP: 80.020-310 - Curitiba - PR
Telefone: 55 (41) 99975-7250
E-mail: contato@ioda.org.br
<https://ioda.org.br/>
Prefixo Editorial: 994368

Conselho Editorial

Alexandre Libório Dias Pereira – Universidade Coimbra	Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Alexandre Ricardo Pesserl – Gedai/UFPR	Leticia Canut – Gedai/UFPR
Angela Kretschman – Gedai/UFPR	Liz Beatriz Sass – UFSC
Antonio Carlos Morato - USP	Luiz Gonzaga Silva Adolfo - ULBRA
Carlos A. P. de Souza – ITS/Rio	Manoel David Masseno – Ibeja/Portugal
Dario Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal	Marcelo Conrado – UFPR
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor	Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Guilherme Coutinho Silva – Gedai/UFS	Marcos Wachowicz – UFPR
Guilherme P. Moreno – Univ. Valência/Espanha	Mariana Valente – InternetLab
Heloisa Gomes Medeiros – UNDB	Pedro Marcos Nunes Barbosa – PUC/Rio
José Augusto Fontoura Costa – USP	Rodrigo Moraes – UFBA
José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal	Rodrigo Vieira – UFERSA
(<i>in memoriam</i>)	Sérgio Staut Júnior – UFPR
J. P. F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.	Valentina Delich – Flacso/Argentina
	Victor Gameiro Drummond – EMERJ

Capa: Gabriel Wachowicz

Projeto gráfico e diagramação: Sônia Maria Borba

Revisão: Luciana Reusing, Pedro de Perdigão Lana, Bibiana Biscaia Virtuoso,
Alice de Perdigão Lana, Heloísa G. Medeiros e Marcelle Cortiano

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

Ascensão, José de Oliveira

A811e Estudos de José de Oliveira Ascensão sobre direito autoral & sociedade informacional/ José de Oliveira Ascensão – 1.ed – Curitiba: IODA, 2022.
222p.: 22,5cm

ISBN: 978-65-994368-7-1 [Recurso digital]

1. Direitos autorais. 2. Sociedade da informação. I Título.

CDD 346.0482 (22.ed)

CDU 347.78

Esta obra é distribuída por meio da Licença Creative Commons 3.0
Atribuição/Use Não Comercial/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil



JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

Estudos de

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

sobre

DIREITO AUTORAL & SOCIEDADE INFORMACIONAL

Curitiba

IODA INSTITUTO OBSERVATÓRIO
DO DIREITO AUTORAL

2022

PREFÁCIO

O convite que me foi feito para prefaciар a presente obra póstuma do estimado professor José de Oliveira Ascensão só poderia ser recebido com imensa felicidade, o qual referencio, não apenas como professor e diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, mas, principalmente, como alguém que conheceu pessoalmente e que admirava o querido professor Ascensão (como era carinhosamente chamados por todos).

A Universidade Federal do Paraná tem um profundo afeto e uma grande dívida intelectual com o professor Ascensão. Desde a década de 90, ele sempre participou presencialmente dos eventos da nossa Faculdade de Direito na área dos direitos autorais e da propriedade intelectual, com ensinamentos brilhantes, sua intelectualidade e abertura ao diálogo, bem como com o seu amor pelo direito e pela sala de aula.

A grande contribuição deixada a todos pelo professor Ascensão, considerado afetuosamente por ele e por nós como professor desta casa, também é marcada por sua presença nos Congressos de Direito Autoral e Interesse Público (CODAIPs), realizados na UFSC e na UFPR, coordenados com maestria pelo professor Marcos Wachowicz, por meio do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI) vinculado atualmente ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

A presente obra retrata e reafirma a importância incontestável do legado deixado pelo professor Ascensão como um grande jurista, intelectual, desbravador de conhecimentos nas várias áreas do direito civil, da teoria do direito e, principalmente, do direito autoral ao longo das últimas cinco décadas.

Os artigos selecionados para compor a presente obra refletem os estudos dos últimos quinze anos da produção intelectual do professor Ascensão. Estes artigos foram revisados, atualizados e publicados de modo bilíngue com o intuito de alcançar um maior número de interessados nas fontes do conhecimento que norteiam possíveis soluções e respostas para questões ainda não consolidadas na área jurídica.

Por fim, registro o sincero agradecimento ao professor Marcos Wachowicz e a todos os membros do GEDAI – o maior grupo de pesquisa na área do Direito Autoral e Industrial do Brasil, reconhecido nacional e internacionalmente por sua exaustiva e incansável luta na produção de conhecimento e incentivo à pesquisa – que idealizaram e concretizaram esta justa e merecida homenagem ao nosso professor Ascensão.

Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior
Diretor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná - UFPR

APRESENTAÇÃO

Esta obra póstuma de José de Oliveira Ascensão, advogado, jurista e professor, nascido em Luanda, Angola, no dia 13 de novembro de 1932, trata-se de um projeto do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI, contemplando os seus principais escritos sobre Direitos Intelectuais e os desafios diante das novas tecnologias da informação e comunicação, com o intuito de prestar-lhe uma homenagem ao muito que contribuiu para a formação de gerações de pesquisadores aqui no Brasil, e não só, com a tradução dos seus escritos em inglês propiciar-lhe uma amplitude maior de difusão do seu pensamento, nos escritos que ainda são relevantes para os estudiosos dos Direitos Intelectuais.

Contudo, no transcorrer da elaboração deste projeto de livro, de compilação e de revisão dos originais para publicação em português e inglês, fomos tomados pela notícia do falecimento de nosso querido professor, isto em 06 de março de 2022.

Com a autorização dos familiares do professor Ascensão continuamos e conseguimos finalizar o presente livro, agora com uma gratidão maior, como uma homenagem a essa pessoa maravilhosa que nos legou em seus livros compreensões e interpretações fundamentais para o estudo da Teoria do Direito, e principalmente dos Direitos Autorais.

O professor Ascensão licenciou-se em julho de 1955, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal, onde também doutorou-se em ciências histórico-jurídicas, em 1962 com a tese *As Relações Jurídicas Reais*. Exerceu bravamente a advocacia, desde 24 de outubro de 1956.

Como professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito de Lisboa, construiu uma sólida carreira ao longo das décadas, seguido de uma profícua e constante produção acadêmica, com obras referenciadas no mundo inteiro, na área da Teoria Geral do Direito e posteriormente no Direito Autoral.

O jurista José de Oliveira Ascensão a muitas décadas dedicava-se aos estudos do Direito de Autor, tendo inclusive participado como representante do Estado Português na emblemática Convenção de Estocolmo, em 14 de julho de 1967, ocasião em que foi fundada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, em Genebra.

A presença internacional do Professor Ascensão vai muito mais além de seus inúmeros artigos com seus entendimentos que lhe são próprios e esclarecedores nas mais diversas e tormentosas questões de Direito Intelectual.

A sua atividade como docente em vários países europeus, como também durante anos aqui no Brasil, quando em Recife fixou residência na década de 1970, como professor deixou para seus alunos brasileiros, grandes lições e, principalmente o seu próprio exemplo de vida a qual foi dedicada aos estudos do Direito.

Em terras brasileiras, foi professor da UFPE (Universidade Federal de Pernambuco) na década de 1970, e nas últimas duas décadas realizando diversos trabalhos acadêmicos

junto a outras renomadas instituições de ensino, aqui dentre tantas destacamos, a Universidade Federal do Paraná – UFPR e Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC que com regularidade ministrava cursos e seminários.

Um sentimento é comum entre todas as pessoas que tiveram o privilégio de ter convivido com o nosso querido professor Ascensão, é o de que ele sempre deixava uma a marca indelével de sua gentileza no trato com as pessoas e de sua incomparável generosidade intelectual.

Estima-se um acervo com mais de 350 obras publicadas, nos mais diversos idiomas, sendo que nos últimos anos de sua atuação e produção acadêmica, dedicou-se aos estudos dos temas do direito autoral, da propriedade intelectual e da concorrência desleal.

Exerceu cargos de presidente da Gestautor - Associação de Gestão Coletiva de Direito de Autor e da Associação Portuguesa de Direito Intelectual, bem como de representante permanente de Portugal no Comité Permanente da União de Berna.

Independente da área de atuação, o Professor Ascensão, para sempre será reconhecido e lembrado pelo seu brilhantismo, inteligência e generosidade, não só pelo importante contributo científico dado à Academia ou pelas numerosas gerações de alunos que passaram pelos bancos de suas classes, ou ainda por todos àqueles que são estudiosos da área e de áreas afins, mas principalmente pela imensa alegria e amizade de poder conhecer e conviver com um ser humano de personalidade ímpar.

O professor Ascensão deixa um legado para a história das ciências jurídicas, como um dos mais célebres professores e jurisconsulto luso-brasileiro dos últimos tempos.

Esta obra póstuma agora publicada, também é uma pequena retribuição à generosidade intelectual do professor Ascensão, que sempre participava das atividades promovidas aqui do GEDAI – Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial, sempre esteve atuante, participando de ciclos de debates, encontros, seminários, cursos de capacitação, e mais um professor brilhante que a todos cativava com suas reflexões e ideias.

Esteve presente desde o primeiro Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, que agora está na sua 16 edição, sempre realizando a conferencia de abertura, com temas nucleares e sensíveis das fronteiras dos Direitos Intelectuais e Novas Tecnologias. Desde então o evento CODAIP e o nosso grupo GEDAI tem como norte de suas pesquisas as novas tecnologias da sociedade informacional.

A presente obra póstuma é uma oportuna e merecida homenagem ao professor José de Oliveira Ascensão, que agora se publica para toda a comunidade jurídica e acadêmica, com acesso aberto para que novos estudos de sua obra, possam gerar reflexos abrindo novos caminhos para futuras gerações de pesquisadores e juristas.

Obrigado professor Ascensão pelos ensinamentos, pela amizade, pelas lições de vida e pela magnifica obra que nos legou que para sempre estarão presentes.

Marcos Wachowicz

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
<i>Sérgio Said Staut Júnior</i>	
APRESENTAÇÃO	7
<i>Marcos Wachowicz</i>	

PARTE I

DIREITO AUTORAL E OS INTERESSES PÚBLICOS ENVOLVIDOS

A QUESTÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO	17
1 Apropriação privada e domínio público	17
2 A gênese do exclusivo autoral	20
3 Âmbito do domínio público	22
4 Direito exclusivo ou domínio público?	24
5 As tecnologias da informação	27
6 O domínio público como meta	30
7 Na senda da perpetuidade: A) A vertente pessoal	33
8 B) A vertente patrimonial	35
9 Problemas originados pela sucessão de leis. Os direitos adquiridos	39
10 O critério geral de solução	41
11 As prorrogações de prazo e as obras já tombadas no domínio público	45
12 Caracterização do domínio público	47
13 O domínio público remunerado	50
14 A experiência brasileira	52

DIREITO INTELECTUAL, EXCLUSIVO E LIBERDADE.....	55
1 A ocupação dos espaços livres por direitos de exclusivo.....	55
2 A perda da sensibilização pelo interesse público	60
3 Direitos intelectuais exclusivos na Constituição.....	63
4 A patente como exclusivo comercial.....	66
5 A propriedade da marca de prestígio ou de alto renome	69
6 O cerceamento da liberdade.....	72
7 A transformação do saber em mercadoria.....	74
8 A propriedade da informação	76
9 Função social e limitações dos direitos exclusivos	78
10 A globalização.....	81
11 Conclusão.....	83
O “FAIR USE” NO DIREITO AUTORAL	85
1 Os limites e as “exceções”	85
2 Modos técnicos de limitação dos direitos.....	88
3 Os sistemas romanísticos	91
4 O <i>fair use</i>	93
5 O confronto dos sistemas.....	98
6 Os contrangimentos na informática.....	100
7 Remendo novo em pano velho.....	103
8 A intervenção de outros ramos do Direito em colisão com o Direito Autoral.....	107

PARTE II

DIREITO AUTORAL E OS DESAFIOS NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

O DIREITO INTELECTUAL EM METAMORFOSE	113
1 Os primórdios e o progresso da desmaterialização	113
2 O primado do interesse público	115
3 O discurso legitimador	117
4 Os atributos pessoais (ou “morais”).....	118

5	Os prenúncios da mudança.....	120
6	O significado da proteção dos programas de computador....	122
7	A forma ditada pela função.....	124
9	A transformação do Direito de Autor em mercadoria.....	126
10	O ocaso dos direitos “morais”	128
11	A incidência crescente do direito sobre o suporte material..	130
12	A assimilação de todos os direitos intelectuais	132
13	A efectividade acrescida e a sanção penal	133
14	A proteção autoral de posições na internet	134
15	A relação com o direito da informática	136
16	Graves problemas de fronteiras	137
17	Globalização e interesse público	138
18	O direito da proteção da inovação	139
19	O ajuizar da evolução	141

DIREITO DE AUTOR SEM AUTOR E SEM OBRA 145

1	A “propriedade intelectual”: uma designação estratégica e controvertida	146
2	Direito de autor <i>versus copyright</i>	147
3	A descoberta tardia do direito pessoal (ou “moral”) de autor	148
4	A hegemonia da vertente empresarial sobre a criação intelectual no séc. XX	150
5	O paradigma atual da Propriedade Intelectual	152
6	Impacto económico	156
7	A globalização e a informação	158
8	Impacto político.....	160
9	Contraposição do Direito de Autor ao direito de acesso à informação e à cultura.....	163
10	A absorção da informática pelo Direito de Autor. Os dispositivos tecnológicos de vedação de acesso ou reprodução na internete.....	166
11	A informação para a gestão dos direitos.....	170

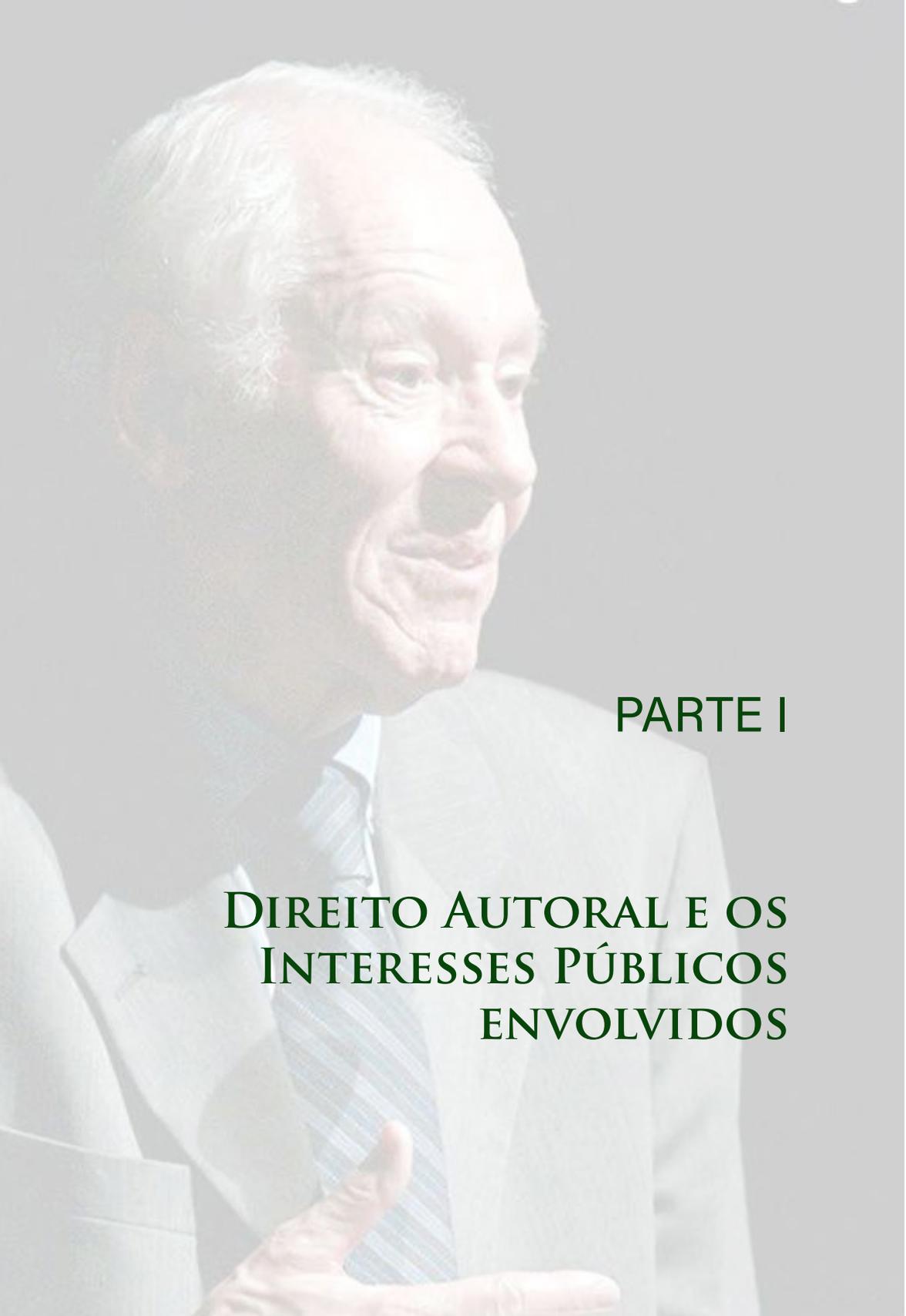
12	A apropriação da informação	172
13	A transição para um Direito de Proteção de Investimentos: o Direito de Autor sem autor	174
14	A gestão eletrônica: o Direito de Autor sem obra	176

O DIREITO DE AUTOR NO CIBERESPAÇO..... 179

Introdução	179	
1	Comunicação e informação	179
2	O Direito de Autor inerente à utilização informática de obras em linha	181
3	O direito de colocação em rede à disposição do público	185
4	A integração no direito de comunicação ao público	188
I	Direito de Autor e Exploração Empresarial	190
5	A reversão da tutela do autor para o empresário	190
6	Autor e empresa no ciberespaço	193
II	Direito de Autor e Diálogo Cultural	197
7	A “caça às exceções”	197
III	Direito de Autor e Acesso Condicionado	201
8	O acesso condicionado como direito do produtor	201
IV	Direito de Autor e Informação Sobre os Direitos	204
9	A identificação da utilização das obras	204
10	A desproteção do público	208
V	Direito de Autor e Sociedade da Informação	209
11	A sociedade da informação e os seus anti-corpos	209
12	Conclusão.....	212

BIOGRAFIA.....215

REFERÊNCIAS.....217



PARTE I

**DIREITO AUTORAL E OS
INTERESSES PÚBLICOS
ENVOLVIDOS**

A QUESTÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO¹

SUMÁRIO

1. Apropriação privada e domínio público; **2.** A gênese do exclusivo autoral; **3.** Âmbito do domínio público; **4.** Direito exclusivo ou domínio público?; **5.** As tecnologias da informação; **6.** O domínio público como meta; **7.** Na senda da perpetuidade: A) A vertente pessoal; **8.** B) A vertente patrimonial; **9.** Problemas originados pela sucessão de leis. Os direitos adquiridos; **10.** O critério geral de solução; **11.** As prorrogações de prazo e as obras já tombadas no domínio público; **12.** Caracterização do domínio público; **13.** O domínio público remunerado; **14.** A experiência brasileira.

1 APROPRIAÇÃO PRIVADA E DOMÍNIO PÚBLICO

É-nos dado como tema o domínio público e as questões que suscita.

Mas não é mau começar por observar que os bens intelectuais estiveram no domínio público ao longo de quase toda

¹ Artigo de José Oliveira Ascensão originalmente publicado sob o título A questão do domínio público. *In*: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Estudos de Direito de Autor e Interesse Público: *Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*. Fundação Boiteux. Florianópolis. 2008.

a história da humanidade, sem suscitar a menor questão. A criação de exclusivos sobre bens intelectuais só surge com a Idade Moderna.

Não obstante tudo estar no domínio público, realizaram-se durante milênios criações intelectuais e inventos espantosos. O que por si demonstra que os exclusivos sobre bens intelectuais não são afinal indispensáveis para o progresso das ciências e das artes.

Todavia, de certas justificações dos direitos intelectuais antes pareceria inferir-se o contrário.

Do lado econômico desenvolveu-se o que se chamou a *teoria dos baldios*. Se os bens intelectuais estivessem desapropriados não seriam cuidados devidamente; como se afirma que o não são as terras de propriedade coletiva dos habitantes dum lugar que constituem terrenos baldios. Os direitos exclusivos potenciariam a valia dos bens intelectuais.

Também a chamada Análise Econômica do Direito incidiu sobre esta matéria. Na Europa foi acolhida nomeadamente por Michael Lehmann, em relação aos programas de computador, que enalteceu os grandes benefícios que resultariam da apropriação destes programas.

Não pretendo entrar na discussão econômica da matéria, mas não posso deixar de fazer uma observação muito simples: se houvesse essas vantagens todas, então a consequência lógica seria a da perpetuidade dos direitos intelectuais! Nunca deveriam cair no domínio público.

De fato, houve historicamente sistemas de perpetuidade do direito de autor.

Não me refiro especificamente à perpetuidade do chamado *direito moral* de autor: este será depois considerado. Ad-

virto desde já que falo em direito *peçoal* de autor e não em direito moral, porque o qualificativo *moral* é uma importação da língua francesa² que nada justifica na nossa língua.

Mas de momento limito-me à vertente patrimonial do direito de autor. A perpetuidade vigorou em vários países; em Espanha, por exemplo, logo em 1823. Durou pouco tempo, como aliás aconteceu com várias outras manifestações históricas.

Também Portugal teve o seu sistema de perpetuidade, instituído em 1927³. O silogismo legitimador, inspirado pelas entidades de gestão coletiva, era palmar: a propriedade é perpétua; o direito de autor é propriedade; logo o direito de autor é perpétuo. Com base neste raciocínio primário, assente em duas premissas erradas, o direito de autor foi tornado perpétuo⁴.

As conseqüências foram calamitosas. Assim, obras já clássicas de uso obrigatório no ensino, que eram da titularidade de editoras, foram exploradas através de edições más e caras, porque não sofriam qualquer concorrência. A situação só terminou com o Código do Direito de Autor de 1966⁵.

A apropriação exclusiva valoriza a obra intelectual? A experiência portuguesa permite dar uma resposta positiva. Mas, infelizmente, essa valorização não foi para a cultura, para o público ou sequer para o autor: reverteu para os empresários.

² Muito freqüentemente usado naquele país: lembrem-se as “pessoas morais”, por exemplo.

³ Segundo projeto de Cunha Gonçalves, jurista que aliás também trabalhou o Direito brasileiro.

⁴ Embora, como é natural, só tenham sido objeto deste regime as obras que ainda não tinham caído no domínio público ao tempo da entrada em vigor da lei.

⁵ Mesmo assim, este garantiu ainda um período transitório aos exclusivos existentes até à queda das obras no domínio público, como diremos.

2 A GÊNESE DO EXCLUSIVO AUTORAL

Sigamos por caminhos mais prudentes, que são aliás os caminhos que cremos serem hoje universais. Vejamos em que enquadramento surgiu o exclusivo autoral.

Concorda-se que o Direito de Autor é uma resultante do avanço tecnológico. Está originariamente ligado à máquina de impressão; tal como os vários escalões posteriores correspondem fundamentalmente a outros progressos da técnica.

Mas a técnica não teve como consequência imediata o aparecimento do instituto jurídico do Direito de Autor. A primeira manifestação foi o privilégio, com o inerente caráter empresarial. E os privilégios começaram por ser atribuídos aos impressores, que ganhavam assim um monopólio de impressão. Os primórdios do instituto são empresariais.

Com o tempo, passaram a ser atribuídos privilégios também a autores. Podemos dizer que é por uma reformulação destes privilégios que surge algo que podemos considerar que corresponda já ao direito de autor, na sua feição moderna: o exclusivo atribuído ao autor pelo britânico Estatuto da Rainha Ana de 1710. Outorgava-se ao autor um privilégio de exploração por 14 anos. O privilégio poderia ser renovado por mais 14 anos, caso o autor ainda vivesse uma vez esgotado o primeiro período.

Com a Revolução Francesa dá-se outra mudança maior: a alquimia do privilégio em propriedade, para permitir que o direito sobrevivesse à abolição solenemente decretada de todos os privilégios. Desde então, a proteção dos direitos autorais não parou de aumentar.

Havia-se partido, como vimos, de prazos muito modestos. Esses prazos têm sido incessantemente empolados, num

movimento que chega aos nossos dias. Passou pela proteção vitalícia e transbordou para a proteção pós-morte do autor. A Convenção de Berna veio a adotar o prazo de proteção de 50 anos pós-morte no Ato de Berlim de 1908⁶.

Surgiu depois a proteção de outras entidades além dos autores, que se relacionavam mais ou menos proximamente com a obra intelectual. A Convenção de Roma de 1961 estabeleceu para as três clássicas categorias de direitos conexos um prazo de proteção de 20 anos. Também esse prazo foi sucessivamente empolado, mesmo quando estabelecido em benefício de puros empresários.

No que respeita ao Direito de Autor vários países foram ultrapassando a duração de 50 anos pós-morte. Assim, no Brasil, na vigência da Lei n.º 5988 a proteção era vitalícia para certos sucessores e fora disso por 60 anos pós-morte. Na Europa, a Alemanha aumentou o prazo para 70 anos pós-morte⁷. Isso foi o pretexto que a Comunidade Europeia tornou para a “harmonização” do prazo de proteção: passou a ser para todos os países de 70 anos pós-morte para o direito de autor e de 50 anos para os direitos conexos⁸.

Mas nem assim a tendência para o incremento dos prazos cessou. Nos Estados Unidos da América foi aprovado um aumento geral dos prazos de proteção de 20 anos! No que res-

⁶ Mas nesse Ato o prazo foi estabelecido ainda de modo indicativo apenas

⁷ O que representou um presente para os editores à custa dos consumidores: assim Manfred Rehbinder, *Urheberrecht*, 14.^a ed., C. H. Beck, 2006, § 41 II, n.º 535

⁸ Não pós-morte. Foi objeto da Diretriz n.º 93/98, de 28.10.93, sobre a duração, arts. 1 e 3.

peita a *work made for hire* a proteção dura por 95 anos, ou por 120 anos se a obra não tiver sido publicada⁹.

Foi evidente a influência da Disney neste processo, para evitar a queda no domínio público de personagens cuja criação datava do início do séc. XX. A constitucionalidade da extensão do prazo foi contestada, mas o Tribunal Supremo norte-americano aceitou-a, como a mera consideração de que se tratava de uma competência constitucionalmente atribuída ao Congresso. Como 95 ou 120 anos são compatíveis com a Constituição norte-americana, que atribui ao Congresso a possibilidade de estabelecer exclusivos “por tempo limitado” em benefício de autores e inventores *para o progresso das ciências e das artes úteis* é um mistério, que caberá aos juristas norte-americanos desvendar.

E não se fica por aqui. O México, parceiro dos Estados Unidos na NAFTA, já subiu o prazo, não para 95, mas para 100 anos. Vê-se nisso um sinal de que, quando se chegar ao termo do prazo alongado nos Estados Unidos, haverá nova prorrogação para evitar a queda no domínio público.

Estamos pois na senda da perpetuidade do Rato Mickey!

3 ÂMBITO DO DOMÍNIO PÚBLICO

Passemos agora ao domínio público. O que se abrange neste?

Pela negativa, domínio público há quando a obra não está sob apropriação exclusiva de ninguém. Consequentemente, estariam no domínio público as obras de que todos podem usar sem autorização. Advertimos porém imediatamente que “sem autorização” não equivale a “sem pagamento”. A adver-

⁹ Pelo Sonny Bono Copyright Term Extension Act de Outubro de 1998.

tência ficará esclarecida quando adiante falarmos do chamado “domínio público remunerado”.

A Lei n.º 9610, de 19 de Fevereiro de 1988, que rege os direitos autorais, declara pertencerem ao domínio público (art. 45) as obras:

- em relação às quais decorreu o prazo de proteção “aos direitos patrimoniais”
- as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores
- as de autor desconhecido.

Ressalva porém, neste último caso, “a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais”. É matéria em que não entraremos.

O âmbito do domínio público pode porém variar, consoante o critério de classificação que for adotado. Vê-se que o art. 45 atende apenas a obras que tenham originariamente sido protegidas. Mas não há motivo para não incluir no domínio público a multidão de obras que nunca gozaram de proteção, como sejam todas aquelas que foram criadas antes de ser estabelecido o exclusivo autoral.

Mesmo em relação às restantes, o âmbito demarcado é contestável. Assim, as obras de autor desconhecido não são automaticamente do domínio público: pode o autor revelar-se a todo o tempo e reivindicar os direitos, desde que ainda não tenha expirado o prazo de proteção. Quando muito poderá sustentar-se que do art. 45 II LDA, que é o que está em causa, se retira uma presunção (elidível) que as obras de autor desconhecido estão no domínio público.

Outra questão respeita às obras que a lei originariamente excluiu da proteção. Seja o caso dos tratados, leis, decisões judiciais e outras, previstas no art. 8 IV LDA. São obras, mas sobre elas não recaem direitos exclusivos. Não há motivo para as não considerar do domínio público.

O direito de autor não é uma função: não tem caráter indisponível. Não há motivo para que o autor não possa renunciar à titularidade. Em consequência da *renúncia* a obra fica livre, não aproveitando nomeadamente aos sucessores. Passa a ser uma obra no domínio público.

Neste âmbito, rigorosamente demarcado pela liberdade de utilização por todos (o reverso da submissão ao exclusivo) o domínio público abrange todo o acervo de obras intelectuais comuns a todos e utilizáveis por todos¹⁰.

4 DIREITO EXCLUSIVO OU DOMÍNIO PÚBLICO?

Por que há obras que não pertencem ao domínio público, quando toda a obra se integra num universo histórico-cultural de que é tributária? Toca-se aqui de novo o fundamento dos direitos exclusivos, que focamos ligeiramente logo de início, ao referir as justificações económicas dos exclusivos. Tais fundamentos poderiam distinguir-se em:

I – Técnico-jurídico (*propriedade*)

Procura-se em geral esse fundamento na própria qualificação do direito autoral como propriedade. É uma qualifica-

¹⁰ “Os mares que todos devem e podem navegar”, para usar a linguagem poética de D. João III.

ção falsa¹¹. Algo diremos dela posteriormente, mas de todo o modo uma qualificação jurídica não representa por si o fundamento dum instituto

II – *Individual*

As justificações individuais do direito autoral reparam-se por vários itens:

- recompensa ao criador intelectual
- outorga a este de condições de independência económica na criação
- estímulo a que o autor crie mais
- incentivo às restantes pessoas para criarem também.

A justificação seria no máximo sectorial. Não explica que se atribuam meros direitos empresariais, quer no âmbito do direito de autor quer no dos direitos conexos (os dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, neste segundo caso).

Também é negado pela prática, dada a freqüente reversão do direito (que é mesmo dominante no domínio das obras economicamente mais significativas) para a titularidade das empresas de *copyright*.

Enfim, a justificação pelas finalidades culturais dos exclusivos sobre a obra intelectual é contraditória com a banalização crescente do direito de autor, que conduz a que na maioria dos casos não haja conteúdo nenhum que mereça proteção e estímulo.

¹¹ Desenvolvemos esta afirmação no nosso A pretensa “propriedade” intelectual, destinada aos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. M. Arruda Alvim (no prelo).

III – *Empresarial*

A par das justificações individuais e ganhando cada vez maior primazia encontramos a justificação empresarial: o direito autoral é objeto do exclusivo para dar proteção ao investimento realizado.

A proteção, dissemos, reverte já hoje direta ou indiretamente em benefício das empresas de *copyright*, na medida em que a obra tiver valor econômico. Este aspecto foi sendo sucessivamente acentuado, muito por influência do sistema de *common law*, que se não baseia na criação mas na obra: ora a obra é objeto de exploração empresarial. Hoje tornou-se essa a justificação fundamental, mesmo nos sistemas romanísticos que partiam do ato de criação.

É isto que explica o empolamento contínuo da proteção do direito autoral: nomeadamente, que este tenha passado a ser um grande objetivo da concertação internacional. Não há um súbito desvelo pelo criador ou pela cultura, há antes um favorecimento das grandes empresas chamadas de *copyright*.

Este movimento é flagrante no instrumento internacional chamado ADPIC ou TRIPS: o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relativos ao Comércio, anexo ao Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio. Torna-se o instrumento decisivo a nível mundial, porque nenhum país se pode permitir ficar arredado do comércio internacional. Mas não é tutelado pela UNESCO, como defesa da cultura nem pela OMPI como afirmação da criação intelectual, mas pela OMC. Ou seja: o direito autoral é reduzido a mercadoria.

Este empenho empresarial leva a extremos paradoxais. Assim, os programas de computador, mal surgiram, logo

passaram a ser tutelados pelo Direito de Autor, por 50 anos em geral e hoje em muitos países por 70 anos pós-morte, como obras literárias. Isto tem como resultado que os primeiros programas de computador, que hoje podem ser considerados peças de museu, têm ainda um vasto período de proteção à sua frente!

Ora, mesmo por invocação da proteção do investimento, semelhantes prazos de exclusividade justificam-se?

Façamos uma comparação com as patentes¹². A patente, se tomada a sério a exigência de ter uma invenção na base, exige engenho e pode implicar um grande investimento: pense-se nas patentes farmacêuticas. Todavia, o prazo de proteção das patentes é de 20 anos, a contar do pedido. Como se compreende então que a proteção do investimento pelo direito de autor importe um exclusivo de 70 anos pós-morte? E que meros produtos tecnológicos, como os programas de computador, tenham prazo de proteção tão desconforme? E que os direitos conexos protejam por 50 anos os lançamentos dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão?

5 AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO

O desenvolvimento das tecnologias da informação foi acolhido à sombra da tutela pelo direito de autor. Surgem com isso problemas muito particulares.

A digitalização foi invocada com a finalidade de justificar o incremento da proteção. A cópia tornou-se fácil. Ge-

¹² Estas têm até a analogia com os programas de computador de se referirem igualmente a produções técnicas.

neraliza-se por isso a referência subliminarmente expressiva à “pirataria”. Invocam-se e contabilizam-se os grandes prejuízos causados às empresas¹³.

A facilidade de reprodução leva por outro lado ao estabelecimento de onerações indiretas e universais do público, como sejam as remunerações por reprografia e cópia privada. Ao comprar uma impressora todos pagam, quer essa impressora sirva para reproduzir obras intelectuais quer apenas recibos comerciais. É um imposto, mas um imposto que reverte apenas em benefício de entidades privadas.

A mesma ânsia de proteção dos investimentos no domínio das tecnologias da informação leva à cobertura pelo Direito Autoral de produtos da atividade tecnológica. Já falamos dos programas de computador. O mesmo acontece em parte com as topografias dos produtos semicondutores. Também é claro este fenómeno na proteção das bases de dados eletrônicas¹⁴.

Mas este quadro tem também o seu reverso.

A Internet permite uma expansão universal de obras intelectuais.

Torna-se possível um ressarcimento em prazo curto dos investimentos feitos, por mais vultuosos.

E a proposta pode inverter-se. Não haverá que aumentar os prazos de proteção mas pelo contrário reduzi-los, nesta

¹³ Assentes numa viciosa recondução dos valores não pagos a lucros cessantes. Mas não há nenhuma razão válida para sustentar que se a cópia não fosse possível quem copia teria adquirido no mercado o bem em causa.

¹⁴ A lei inglesa atinge o máximo com a proteção pelo direito autoral de obras geradas por computador.

economia febril de curto prazo. Por isso, vários autores defendem um encurtamento da duração.

Mas não foram ouvidos. Os prazos foram sempre aumentando. Os acréscimos acabam por representar um puro presente às empresas de *copyright*, titulares quase sempre das obras de mais rendosa exploração.

Assistimos ainda a outro paradoxo. Atinge-se o máximo de proteção graças ao direito autoral. Mas esse máximo de exploração vai a par com um mínimo de revelação pública do bem explorado, no que respeita a bens tecnológicos, ou pelo menos a certas categorias deles.

Façamos de novo o confronto com a patente. Esta outorga um exclusivo ao inventor, efetivamente. Mas o exclusivo concedido é a contrapartida de o inventor revelar à comunidade o seu invento. Podia guardá-lo secreto, tolhendo à comunidade o conhecimento do avanço tecnológico. A patente não o permite: está sujeita ao princípio da suficiência descritiva ou da adequada divulgação, nas expressões de Denis Barbosa¹⁵.

Este A. recorda a obrigação estatal, à luz do art. 215 da Constituição, de garantir os instrumentos de acesso ao domínio público autoral; mas em contrário refere também as cópias de filmes que caem no domínio público mas permanecem em poder dos anteriores titulares, as obras plásticas inacessíveis à reprodução, os mecanismos de derivação de obras com exclusivo propósito de frustrar o termo do direito autoral...

¹⁵ Cfr. deste autor Domínio público e patrimônio cultural, in “Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao P.e Bruno Jorge Hammes”, coord. Luís Gonzaga Adolfo / Marcos Wachowicz, Juruá (Curitiba), 2006, 113 s. (127).

A este elenco permito-me acrescentar a não revelação do código-fonte dos programas de computador, que terá consequências graves, quando estes tombarem no domínio público. Na patente, como dissemos, o titular tem de revelar a invenção, em termos de um técnico estar em condições de fazer a aplicação industrial desta; mas para um programa de computador ser considerado objeto de direito autoral, nenhuma revelação é exigida. Pode assim o programador manter sempre secreto o código-fonte e mesmo após a queda no domínio público prosseguir sem concorrência a exploração exclusiva do programa, por o público continuar sem ter acesso ao conhecimento desse código. Não haverá portanto possibilidade de elaboração de programas derivados ou de outras modalidades de aproveitamento por terceiros.

6 O DOMÍNIO PÚBLICO COMO META

Nos números anteriores discutimos as justificações fundamentais dadas para os exclusivos intelectuais e seus prazos de duração. Mas não se poderá também deslocar para o domínio público a questão do fundamento? Que razões justificarão o instituto?

Estará esse fundamento no fato de ter já decorrido o tempo útil de exploração da obra, presumindo-se que nenhuma utilidade mais se poderá após esse prazo retirar dela? Algumas afirmações apontam nesse sentido.

Assim, há quem justifique a manutenção do exclusivo sobre os filmes do tempo do cinema mudo invocando que alguns desses filmes *ainda* se prestam a um aproveitamento comercial.

Mas esta justificação do exclusivo é inaceitável.

Não há nenhum princípio pelo qual toda a vantagem econômica terá de reverter necessariamente para o autor e seus sucessores ou transmissários.

O domínio público não se justifica por ser o cemitério das obras que perderam interesse.

Muito pelo contrário. **O domínio público é a situação normal da obra intelectual.** É o espaço de diálogo social livre.

Traduz que a obra, que só em comunidade foi produzida, tem o seu destino natural na disponibilização ao uso por essa comunidade.

Entendido assim, não é o domínio público que terá de se justificar: é, pelo contrário, o exclusivo, como exceção a essa comunicação livre em comunidade, que tem de demonstrar a sua fundamentação.

Entendamo-nos. Ninguém de bom senso põe em causa o instituto dos direitos intelectuais. Têm segura justificação na sociedade tecnológica em que vivemos. É uma questão tão nítida e tão universalmente aceite que não há que nos determos sequer nesta justificação quando versamos o domínio público.

Mas o que é essencial é ter consciência que o direito intelectual exclusivo não é um absoluto, que justifique o empolamento crescente a que se assiste; e que constitui, no nosso campo específico, a marcha para a perpetuidade.

Pelo contrário: **o direito exclusivo é uma exceção à liberdade natural. E como exceção, está rigorosamente dependente da sua justificação.** Não pode ultrapassar em

nada os fins que a justificam, porque caso contrário o benefício privado se faria à custa da liberdade social.

O “alto nível de proteção” do direito intelectual, incessantemente proclamado nos foros internacionais e repetido pelos interessados internos, não é uma evidência nem uma via de sentido único. A proteção tem a sua medida rigorosamente demarcada pelos fins que a justificam.

Inversamente, o domínio público não é nem exceção nem resto. É a situação normal, mais, o objetivo para que se tende, para que o espaço de diálogo social e de liberdade de acesso à cultura não sofram entraves desnecessários. Por isso, esta liberdade natural não pode ser restringida sem razão ponderosa que o justifique.

Impõe-se por isso uma cuidada e constante reflexão sobre o fundamento e a medida dos exclusivos. A colocação da liberdade como objetivo ou meta da ordem jurídica obriga a rever os prazos de proteção, eliminando todo o excesso.

Mas a reflexão deve prolongar-se seguidamente por toda a problemática dos limites. Estes, enquanto referentes ao conteúdo dos direitos, não respeitam já diretamente ao nosso tema. Apenas chamamos a atenção para o fato de também aí se assistir a uma rasoira impiedosa dos limites, nomeadamente no domínio digital. Esquecendo-se que o limite é o instrumento que permite conciliar os objetivos sociais, nomeadamente de expansão e de acesso à cultura, com a exceção que é representada pelos direitos exclusivos.

Mas, como dissemos, não é tema que possamos desenvolver aqui¹⁶.

¹⁶ Cfr. o nosso A função social do direito autoral e as limitações legais, in

7 NA SENDA DA PERPETUIDADE: A) A VERTENTE PESSOAL

Não obstante, a pressão para o aumento dos prazos de proteção é muito grande¹⁷. Para melhor compreensão, devemos distinguir:

- o plano pessoal
- o plano patrimonial

No *plano pessoal*, a questão coloca-se muito particularmente nos ordenamentos que cindem o direito autoral num direito pessoal e num direito patrimonial. O direito pessoal é vulgarmente denominado o direito *moral* – terminologia que, como dissemos já, consideramos de rejeitar na língua portuguesa. Feita esta dissociação, o direito pessoal poderia ser objeto de vicissitudes diferentes das do direito patrimonial. Isso daria o ensejo para ampliar o prazo de proteção.

É a França o país-padrão neste domínio. O direito pessoal foi objeto dum empolamento muito grande no seu conteúdo. Esse empolamento permite-lhe atingir a exploração econômica dos direitos, mesmo após alienados a terceiros, em

Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao Prof. Pe. Bruno Jorge Hammes, Juruá Editora (Curitiba), 2006, 85-111. Sobre aspectos atuais da problemática dos limites na Comunidade Europeia veja-se o nosso O Direito de Autor e a Internet. Em particular as recentes orientações da Comunidade Europeia (no prelo), n.º 4.

¹⁷ Sobre a problemática geral da duração dos direitos intelectuais, cfr. a obra coletiva *La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*, coord. Carlos Rogel Vide, Colección de Propiedad Intelectual, REUS / AISGE, Madrid, 2005, em que nós próprios participamos com um estudo, *En torno al dominio público de pago y a la actividad de control de la administración en la experiencia portuguesa*, págs. 269-287.

termos de se transformar na prática num segundo direito patrimonial, que o autor conservaria sempre.

No que respeita à duração, levou à defesa da perpetuidade. A nosso ver, a posição é de todo injustificada.

Assim, o Tribunal de Apelação de Paris deu recentemente razão a um pretense descendente de Víctor Hugo, que se opôs à publicação dum romance que apareceria como a continuação de *Os Miseráveis*, com fundamento no direito “moral” de autor, que seria perpétuo¹⁸.

A continuação de obras literárias alheias é um fenómeno histórico recorrente, dada a valia da comunicação e do diálogo intelectuais.

Projetemos então a doutrina francesa para o passado. Virgílio, na *Eneida*, continuou a *Odisséia* de Homero. Se esta orientação francesa já vigorasse ao tempo, Virgílio seria um criminoso, quiçá um pirata, por ter violado o direito “moral” de Homero!

Que haja ao menos um pouco de bom senso. Não podemos transformar o Direito Autoral numa arma contra a cultura. A perpetuidade do direito “moral” é uma enormidade.

A estes exageros escapam os países, como os de língua alemã, que muito mais corretamente concebem o direito autoral como um direito unitário, que tem simultaneamente vertentes pessoais e patrimoniais. Nesta visão, a duração do direito autoral é necessariamente a mesma para a totalidade dos aspectos.

¹⁸ Sentença de 31.III.04, publicada na *Revue Internationale de Droit d’Auteur (RIDA)*, 202 (2004), 292.

Observemos ainda que o excessivo empolamento do direito “moral”, tal como defendido em França, representa um dos maiores obstáculos à aproximação dos sistemas jurídicos romanísticos e dos de *common law*. Estes últimos rejeitam-no radicalmente.

8 B) A VERTENTE PATRIMONIAL

Passemos à vertente patrimonial do direito de autor.

Aí, sejam as construções monistas ou dualistas, dificilmente se encontra a defesa da perpetuidade dos direitos intelectuais. Isso não obsta a que se assista também ao empolamento dos direitos e ao alongamento sucessivo dos prazos, que acompanham a destinação empresarial crescente destes direitos.

Pode fazer-se um confronto com os direitos industriais. Estes dividem-se fundamentalmente em sinais distintivos do comércio e em inovações industriais.

Os sinais distintivos do comércio são tendencialmente perpétuos, por efeito de renovações sucessivas. Não há inconveniente nisso. Enquanto permitem ao público distinguir bens ou serviços, não há motivo para impor que sejam temporários.

Diversa é a situação no domínio das inovações industriais, de que é paradigma a patente. O exclusivo concedido priva a sociedade de prosseguir na senda daquela invenção e chegar a outras invenções. Por isso a patente era concedida por um prazo de 15 anos após a concessão. O prazo foi ampliado para 20 anos após o pedido (ou depósito)¹⁹.

¹⁹ Veja-se hoje o art. 40 da Lei n.º 9 279, de 14.V.96, sobre a propriedade industrial.

Mas também aqui se faz sentir a tendência para o prolongamento do prazo. No que respeita a medicamentos vários países, tendo em conta a necessidade de realização de ensaios clínicos antes de obtida a autorização da introdução do medicamento no mercado, que podem durar anos, instituíram o que se chamou o “certificado complementar de proteção de medicamento”, que dá o exclusivo sobre o medicamento durante um período adicional máximo de 5 anos: assim se passa nos países da Comunidade Europeia²⁰. No Brasil vai-se por outro caminho mas de que resulta do mesmo modo um alongamento, indireto embora, do prazo de proteção: o art. 40 § único da referida Lei garante um período de vigência da patente não inferior a 10 anos, sob os requisitos que estabelece.

Estes preceitos dão-nos um ensinamento curioso, que não é imediatamente apreensível. Se a ideia é compensar o tempo em que, não obstante a patente ter vindo afinal a ser concedida, o titular da patente não esteve em condições de a explorar, porque se não estabelece pura e simplesmente que se garante o período de 20 anos após esse obstáculo cessar?

A essência da patente explica. A patente é um direito de exclusivo. Os direitos de exclusivo assentam em proibições dirigidas a terceiros: retiram a todos o que seria uma liberdade natural – a de explorar a invenção.

A todos – menos ao titular da patente. O seu direito tem a fisionomia característica de se não fundar na outorga de poderes em relação à invenção (pois tem-nos naturalmente, não é o Estado quem lhos concede), mas no efeito útil da proibição imposta aos restantes.

²⁰ E reclama-se já o aumento do prazo para cinco anos e meio, nos medicamentos pediátricos!

Ora, se no caso de a patente não poder ser exercida por estar condicionada à obtenção da licença de introdução do medicamento o titular pode efetivamente beneficiar de um novo prazo para se compensar do seu investimento, nem isso permite que a duração do exclusivo ultrapasse um prazo reduzido. Porque, se a patente não teve todo o efeito mercantil útil, em todo o caso o seu efeito básico negativo, a proibição dirigida a terceiros de utilização do invento, verificou-se plenamente. O público fica já privado daquele exercício por um prazo que pode chegar aos 25 anos.

O interesse público não permite ultrapassar este limite. Há a necessidade de a invenção passar ao domínio público, não barrando aos outros avançar por aquele setor inventivo. Por isso se estabelece uma prorrogação limitada, seja com base no número de anos extra de vedação a terceiros, como na Comunidade Europeia, seja no de anos de gozo efetivo, como na lei brasileira; mas sempre por um período curto, para não retardar mais o ingresso no domínio público.

Mas as pressões para outras formas de reforço da proteção fazem-se sentir por vários lados.

No que respeita ao Direito Comunitário europeu, a Diretriz n.º 93/98/CEE, de 29.10.93, no seu art. 4, dá um prazo de proteção de 25 anos a quem publicar pela primeira vez uma obra cujo prazo de proteção já expirou! Morde-se agora gravemente no domínio público.

No que respeita aos direitos conexos, prossegue o incremento da proteção. Há um objetivo não confessado, mas que é comum aos EUA e à Comunidade Europeia: o de equiparar a proteção dos direitos conexos e do direito autoral. Parti-

cularmente ativos neste domínio estão os produtores de fonogramas, que são puros empresários.

Estes últimos lançam agora uma campanha, no sentido do aumento para 70 anos do prazo de proteção de que beneficiam. De momento, desenha-se uma oposição no seio da Comissão da Comunidade Europeia, dentro da revisão crítica que esta prossegue quanto ao unilateralismo que caracterizou os anos passados neste domínio. Um parecer emitido por Brent Hugenholtz, em Novembro de 2006, conclui também negativamente em relação a esta pretensão²¹. Mas a frente de batalha está aberta.

Também neste setor, com ou sem a designação de direitos conexos, vemos aparecer novas figuras. Seja o caso do chamado direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados, que é um direito sobre a informação. O beneficiário é o “fabricante” da base – leia-se o empresário. O prazo estabelecido é de 15 anos, mas as modificações introduzidas na base tornam o direito concedido ilimitadamente prorrogável – ou ameaçam torná-lo. Este direito foi porém apenas acolhido pela Comunidade Europeia e defronta a expressa rejeição do Congresso dos Estados Unidos da América.

Em todo este domínio há a necessidade de ter presente o que em alemão se designa *Freihaltebedürfnis* – a necessidade de manter zonas não apropriadas, porque é indispensável ao diálogo social que assim permaneçam.

²¹ Encomendado pela Comissão. Está disponível na Internet.

9 PROBLEMAS ORIGINADOS PELA SUCESSÃO DE LEIS. OS DIREITOS ADQUIRIDOS

O Código Civil de 1916 continha no art. 649 um sistema sobre sucessão por morte e queda do direito de autor no domínio público, que se produziria basicamente decorridos 60 anos após a morte do autor.

A Lei n.º 5 988, no art. 42 § 1.º, tornou vitalícia a proteção dos filhos, pais ou cônjuges que sucedam ao autor, mantendo para os restantes sucessores o prazo de 60 anos pós- morte. O sistema causava grandes dificuldades, que analisamos no nosso Direito Autoral²².

A atual Lei n.º 9 610, no art. 41, retoma um prazo uniforme de duração em benefício dos sucessores, mas prolonga-o para 70 anos. O prazo fica assim idêntico ao vigente na Comunidade Europeia. Apesar de ser desmesuradamente longo, terá a sua justificação no ordenamento brasileiro, se foi este o preço a pagar para sair do frustrante sistema até então vigente.

Mas esta sucessão de leis provoca grande litigiosidade.

Os sucessores que gozavam da titularidade de direitos ao tempo da entrada em vigor da lei atual tomam naturalmente posições diferentes:

- se os prazos anteriores eram mais extensos, sustentam a aplicação destes
- se eram mais curtos, reclamam a aplicação dos novos prazos.

²² Cit., n.os 202 e segs. e 245 e segs.

É óbvio o interesse individual subjacente, mas esse interesse não tem por si nenhum valor jurídico. A finalidade da lei não é a de dar aos sucessores o máximo de vantagens possíveis. A lei estabelece prazos de caducidade para servir o interesse público no livre disfrute dos bens intelectuais. Há pois apenas que interpretar a lei, por recurso aos princípios gerais, para verificar que implicações resultam daí para os prazos em curso.

Uma questão prévia consiste porém em saber se devemos distinguir o que respeita a direitos pessoais do relativo a direitos patrimoniais.

Vimos que os partidários de concepções dualistas, particularmente, chegam à defesa de uma persistência do direito pessoal, que autonomizam, além da vida do autor e até da subsistência do direito patrimonial. Na posição extremista francesa, o direito pessoal seria perpétuo.

Referimos já a falsidade de semelhante doutrina²³. Limitamo-nos agora à conclusão: nada permite sustentar um prolongamento do direito pessoal, após a morte do autor, que ultrapasse a duração do Direito patrimonial. Fizemos essa demonstração para o Direito anterior²⁴ e, *mutatis mutandis*, a argumentação continua válida.

No Brasil, o debate sobre a situação do adquirente por sucessão, que teria pela lei antiga um prazo mais dilatado de proteção que perante a lei atual²⁵, é ainda mais complexo, dado o amplo recurso que se continua a fazer, antes de mais na pró-

²³ Posição referida e criticada supra, n.º 7.

²⁴ No nosso Direito Autoral cit., n.os 249 e 250.

²⁵ Sirva de exemplo o caso do filho e sucessor do autor falecido, que gozava de direitos vitalícios pela Lei n.º 5 988 e agora vê esse prazo reduzido a 70 anos pós-morte.

pria Constituição, à teoria dos *direitos adquiridos* em caso de sucessão de leis.

Esta concepção está hoje na generalidade dos países ultrapassada, como critério básico de resolução do problema do conflito de leis no tempo. Revelou-se vã a tentativa de distinguir direitos adquiridos e meras expectativas. Na prática, o que se faz normalmente representa pura inversão metodológica: se se pretende aplicar a lei antiga diz-se que há direito adquirido; se a lei nova, que há mera expectativa.

Por nossa parte, defendemos uma interpretação da Lei de Introdução ao Código Civil (bem como doutros lugares da lei brasileira) que permite uma sistematização global coerente da posição legislativa. Esse entendimento sai reforçado a nosso ver pelo art. 2 035 do Código Civil de 2002. Remetemos para os lugares em que o defendemos²⁶. Basta-nos deixar assinalado que excluímos as teorias mais radicais, que são também as mais grosseiras, sobre direito adquirido.

10 O CRITÉRIO GERAL DE SOLUÇÃO

A nosso ver, devemos limitar-nos a aplicar o critério geral de solução do Direito Intertemporal.

O princípio é o de que a lei nova é de aplicação imediata.

Sendo assim, atinge os prazos em curso, salvo havendo disposição em contrário, portanto regra especial de Direito Transitório.

²⁶ Cfr. a nossa Introdução à Ciência do Direito cit., n.os 313 e 329 e, pelo que respeita ao art. 2 035, o nosso Prefácio ao livro Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil de Mário Luiz Delgado, Saraiva, 2004, XIII a XVIII

Consequentemente, se o prazo estabelecido era mais longo, a lei nova redu-lo.

Se era mais curto, prolonga-o.

Isso é a consequência normal da presunção de maior adequação à realidade da lei nova que da lei antiga. Justamente para obter um progresso é que houve mudança de lei.

É claro que a esta posição se reagirá nos casos em que se procurar aproveitar prazo eventualmente mais longo da lei antiga, invocando o direito adquirido.

Observamos que esses casos serão raros, porque dificilmente um direito anterior, mesmo vitalício, excederá na sua duração o prazo de 70 anos *post mortem auctoris*.

De todo o modo, sejam raros ou não, semelhante posição só poderia funcionar se houvesse disposição derogatória de lei.

Mas não há tal disposição. Por isso aplica-se a lei nova em todos os casos, mesmo quando isso tiver como consequência a extinção imediata dos direitos vigentes ao tempo da aprovação da lei.

A única distinção que mereceria ser considerada respeita àquelas situações em que há negócios em curso. O titular teria autorizado a utilização por terceiros. Qual a incidência sobre o contrato? Nomeadamente, que implicações pode ter a caducidade dos direitos autorais sobre o pagamento de contra-prestações que sejam devidas?

É seguro que daí por diante o ex-titular não pode fazer mais disposições. Mas as disposições passadas foram corretas, quer tenha havido transmissão total de direitos, quer licenças ou autorizações parcelares.

Trata-se sem dúvida de situações que exigem solução jurídica. Mas essa solução não pode passar pela manutenção do direito autoral nos casos em que tivesse havido cessão de direitos e a sua extinção nos casos restantes, por falta absoluta de fundamento normativo.

A lei nova aplica-se imediatamente. A questão que pode resultar dos contratos em curso ou de disposições pretéritas situa-se no campo negocial e não no autoral. Haverá que apurar que repercussão pode ter a extinção do direito sobre as relações existentes. Os contratos caducam porque a atividade passou a ser livre, mas a relação entre as partes poderá dever ser regulada, tendo em conta a alteração das circunstâncias ou qualquer outro instituto próprio da teoria do negócio jurídico.

Esse é um domínio que já nos não respeita. No campo autoral, o princípio não é afetado: os direitos dos sucessores extinguem-se 70 anos após a morte do autor, quer esses sucessores tenham mantido a titularidade desses direitos quer os tenham onerado ou transferido a terceiros.

Em prol da extinção imediata dos direitos dos sucessores que tiverem já atingido os prazos estabelecidos pela lei nova para a caducidade pode ainda invocar-se o que se passou nos países em que vigorou o sistema de perpetuidade do direito autoral.

Se considerássemos a duração desses direitos como um direito adquirido, *a perpetuidade não poderia terminar nunca* – seria um direito adquirido. Pelo menos, não poderia terminar sem a Constituição ser alterada, se a consagração do direito adquirido tivesse base constitucional.

Não obstante, esses sistemas, tal como haviam sido instaurados, foram também abolidos. Não se invocou seriamente

um direito adquirido à perpetuidade. O que significa necessariamente que a duração do exclusivo estabelecido resulta da lei e pode pois ser alterada por nova lei também.

O que se passou no Direito português é elucidativo. Como dissemos, uma lei de 1927 consagrou a perpetuidade do direito²⁷. Só em 1966, com a aprovação do Código do Direito de Autor, se restabeleceu a duração de 50 anos pós-morte. Nenhuma alegação de inconstitucionalidade ou de violação de direitos adquiridos foi suscitada.

Mesmo assim, o Código do Direito de Autor previu que as obras que tinham estado sujeitas ao regime de perpetuidade só tomariam no domínio público após o decurso dum prazo suplementar de 25 anos (art. 37/2). Só em 1991, portanto, essas obras tomariam no domínio público.

Como esse prazo era demasiado extenso, foi posteriormente suprimida a dilação para a queda no domínio público pela Lei n.º 25/79, de 6 de setembro.

Tudo isto mostra que o estabelecimento dos prazos está a critério do legislador, que os pode ampliar ou encurtar. A invocação de direitos adquiridos levaria ao absurdo de as situações mais anômalas, as de perpetuidade, não poderem cessar nunca!

Pode é o legislador, se assim o entender, fixar regimes transitórios. Se o não fizer, a lei nova é de aplicação imediata.

²⁷ Cfr. supra, n.º 1.

11 AS PRORROGAÇÕES DE PRAZO E AS OBRAS JÁ TOMBADAS NO DOMÍNIO PÚBLICO

Outros problemas podem surgir, quando sobrevier lei que aumente o prazo de proteção. Suponhamos uma obra cujo titular era protegido por 60 anos pós-morte pela Lei n.º 5 988. O prazo completa-se e a obra cai conseqüentemente no domínio público. A seguir, surge a Lei n.º 9 610, antes de decorridos os 70 anos após a morte do autor. O direito de autor ressurge, para ser gozado pelo sucessor pelos anos que ainda faltam até se completarem os 70 anos pós- morte, ou este fica excluído da proteção?

O princípio que parecia solidamente estabelecido era o de que a obra, uma vez caída no domínio público, não retorna mais ao exclusivo, mesmo em caso de prorrogação de prazo que beneficiasse as obras ainda protegidas ao tempo da entrada em vigor da lei.

Porém, também este princípio vai sendo corroído no plano internacional. Na Comunidade Europeia, a Diretriz n.º 93/98/CEE, de 29 de outubro, sobre o prazo de proteção (substituída hoje com escassa alteração pela Diretriz n.º 06/116/CE, de 12 de dezembro), abre espaço para uma retomada de proteção no art. 10/2. Conseqüentemente, o n.º 3 preserva os atos de exploração anteriormente realizados e determina que os Estados-membros adotem as disposições necessárias para proteger os direitos adquiridos de terceiros.

Independentemente da qualificação, parece seguro que uma eventual retomada do direito exclusivo não pode prejudicar os negócios entretanto celebrados no período em que a obra esteve no domínio público. E isto, não por se ter outorgado um

direito subjetivo constitucional à persistência da obra no domínio público²⁸, mas simplesmente porque direitos patrimoniais lícitamente constituídos não podem ser suprimidos sem mais, pois tal equivaleria a um confisco.

A diretriz foi transposta para a lei portuguesa pelo Dec.-Lei n.º 334/97, de 27 de novembro, mas este torna expresso o restabelecimento da proteção em relação a obras tombadas já no domínio público²⁹. Esta “reativação” dos direitos foi particularmente importante relativamente às obras de Fernando Pessoa, que tinham já originado uma pluralidade de edições com a queda no domínio público e que voltaram a ser protegidas.

E que dizer do Brasil, onde não há lei cujo texto abranja esta situação?

Não há direito adquirido ao domínio público, mas também não há direito ao renascimento da proteção. A queda no domínio público é irreversível. Basta o princípio que a lei só dispõe para o futuro. O direito que está extinto não tem título para renascer.

Só não será assim se houver previsão excepcional em contrário. Não se encontra tal previsão. Logo, a lei que eventualmente prorrogue o prazo de proteção dum direito intelectual só se aplica aos direitos vigentes ao tempo da sua entrada em vigor³⁰.

²⁸ Como bem observa Denis Borges Barbosa, *Domínio Público cit.*, 4.3.5.

²⁹ No art. 5/2, com este texto: “Os sucessores do autor beneficiam da reativação dos direitos decorrente do disposto no número anterior, sem prejuízo dos atos de exploração já praticados e dos direitos adquiridos por terceiros”.

³⁰ No art. 5/2, com este texto: “Os sucessores do autor beneficiam da reativação dos direitos decorrente do disposto no número anterior, sem

12 CARACTERIZAÇÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO

Neste domínio, como em muitos outros, não há que banir ou que exacerbar oposições, há que conciliar.

Estamos perante necessidades justificativas de uma proteção a título de direitos intelectuais (nomeadamente de direitos intelectuais exclusivos), por um lado, e por outro perante a exigência que o interesse coletivo no livre diálogo social não seja demasiado sacrificado.

De todo o modo, o destino fatal de todos os bens intelectuais será o domínio público.

Como se caracteriza este?

Ensaíamos três hipóteses. O domínio público:

A – É uma propriedade do Estado?

B – É a persistência mitigada da apropriação pelos particulares?

C – É um bem *nullius*, portanto não apropriado?

A – Propriedade do Estado

Este entendimento pode chamar em seu apoio o art. 24 § 2.º LDA: “Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público”.

Isto significará que o Estado atua neste caso como titular de direito autoral?³¹

prejuízo dos atos de exploração já praticados e dos direitos adquiridos por terceiros”.

³¹ Nomeadamente, por força da ambígua referência à defesa da “autoria” da obra, constante daquele preceito.

Não. Não tem mesmo nada que ver com o Direito Autoral.

O Estado não tem que se imiscuir em eventuais questões relativas a direitos caducados de autor. Muito menos lhe passa a caber uma espécie de direito “moral” perpétuo, que esteja na origem das faculdades que estão previstas.

A imensa maioria das obras intelectuais está completamente fora da alçada do Estado. O direito de autor, na sua chocante banalização hodierna, é indiferente para o Estado.

O que cabe então ao Estado, se não é a defesa de um direito autoral, próprio ou alheio?

É a defesa da Cultura. Cabe ao Estado a função de preservá-la. Mas sendo assim, o objeto não são as cartas à namorada ou os rabiscos nas paredes, mas os bens que tenham significativo valor cultural.

Torna-se então claro que a posição do Estado é uma posição funcional. Ele não age na defesa de interesses próprios mas na posição de garante de bens coletivos.

Isto nos leva a concluir que este preceito está afinal deslocado. Não tem nada que ver com o direito de autor. E tanto assim que a mesma função de defesa da cultura também se exerce na vigência do direito, particularmente no período que vai da morte do autor à queda da obra no domínio público.

Não há pois nenhuma atribuição de titularidade ao Estado.

B – Persistência suavizada dos direitos privados

As faculdades referidas no art. 24 § 2.º são faculdades pessoais. Isto nos leva a perguntar se não estará subjacente a

ideia de prolongamento ainda do direito pessoal, quiçá perpétuo, que o Estado viria apoiar.

De fato, há um movimento dos interessados em defesa desta prorrogação. Muitos herdeiros ou outros sucessores procuram extrair vantagens da sua posição, sob a cobertura de faculdades pessoais, ou abafar a concorrência dos que exploram as obras tombadas no domínio público.

Mas dissemos já que com a queda no domínio público o direito pessoal também se extingue. A pretendida subsistência do direito, por detrás da posição do Estado, não está na lei; nem esta permite semelhante direcionamento da ação cultural do Estado.

C – *Bens nullius*

Os bens do domínio público são verdadeiramente bens não apropriados, bens livres.

Dissemos noutro lugar³² que os bens intelectuais não são bens que possam constituir objeto de propriedade. Eles podem naturalmente ser disfrutados por todos sem perda nem alteração de natureza. É a lei que os rarifica artificialmente para criar um exclusivo. Fá-lo proibindo certas formas de aproveitamento a todos menos à pessoa que quer beneficiar. Com isto cria em proveito desta um direito essencialmente negativo, porque não dá ao titular nada que este naturalmente não tivesse. Simplesmente, esse fato põe-no em condições de beneficiar da exclusão de todos os outros.

³² *A pretensa "propriedade" intelectual*, destinada aos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. M. Arruda Alvim (no prelo).

Por isso, quando o poder de excluir se extingue, as faculdades naturais de utilização de bens dos restantes automaticamente se retomam, sem necessidade de previsão ou iniciativa particular.

13 O DOMÍNIO PÚBLICO REMUNERADO

O domínio público, como zona de livre exercício, não é necessariamente zona de exercício gratuito. Isto porque pode sobrevir o instituto chamado do domínio público *remunerado* ou *pagante*. Consiste em impor o pagamento de direitos em contrapartida da exploração de obras que estão no domínio público.

O domínio público, como toda a zona de liberdade, suscita grandes cobiças, porque pode dar a oportunidade de fazer dinheiro a partir de coisa nenhuma. Dão-se as mais elevadas justificações que culminam com a defesa da Cultura, mas na realidade o que está em causa é a instrumentalização do domínio público como fonte de rendimentos. A atuação do Estado pode ainda ser impulsionada por terceiros, particularmente os empresários das indústrias chamadas de *copyright*, que visam vencer a concorrência provinda dos que exploram bens do domínio público, provocando o encarecimento desta (pelos direitos que os concorrentes teriam de pagar). Quaisquer que sejam os argumentos utilizados, falta-lhes legitimidade para procurar cercear um setor que está naturalmente aberto à livre concorrência.

Tem havido a nível mundial o estabelecimento do domínio público remunerado em vários países. Quase todas as experiências foram de curta duração.

Os beneficiários podem ser:

- os órgãos públicos
- os antigos titulares
- os autores (ou artistas) como categoria.

Há ainda modalidades mistas.

A experiência portuguesa é curiosa, pela ligação evidente do sistema com a cessação da perpetuidade.

Como dissemos^{33 34}, a queda no domínio público das obras que tinham estado sujeitas à perpetuidade foi retardada, vindo a ocorrer em 1979.

Pois logo após surge a Lei n.º 54/80, de 25 de março, que introduz o que chamou o “domínio público remunerado”. Autojustifica-se por objetivos de defesa cultural, mas a *taxa* estabelecida em contrapartida da “autorização” de utilização era destinada:

- ao Fundo de Fomento Cultural
- ao Fundo de Assistência aos Autores.

Era pois um sistema misto.

Mas não consistia na realidade numa taxa, porque *taxa* é entendida como a contrapartida da prestação dum concreto serviço público. Aqui não havia serviço em contrapartida. Era um verdadeiro imposto.

A iniciativa foi predominantemente mal recebida³⁴. Por isso nesse mesmo ano saiu o Dec.-Lei n.º 393/80, de 25.IX, que

³³ Supra, n.º 12.

³⁴ Nós próprios reagimos com um artigo: Domínio público remunerado: um passo em falso, publicado no “Expresso” de 3.V.80, pág. 14.

reformulou o instituto. As alterações principais consistiram em deixar de se falar em *autorização* e em a quantia arrecadada passar a ser exclusivamente destinada a finalidades públicas.

Mas nem assim o sistema vingou. Acabou por ser abolido a breve trecho, sem nunca ter chegado a vigorar.

14 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A experiência brasileira não anda muito longe deste enquadramento.

A Lei n.º 5 988, dos direitos autorais, estabeleceu no seu art. 93 que “a utilização... das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional do Direito Autoral”. Pelo § único, haveria que pagar 50% “do que caberia ao autor”, salvo havendo fim didático, pois então a percentagem seria de 10%.

Subseqüentemente, o art. 120 I integrava no Fundo de Direito Autoral as quantias assim recolhidas.

Aparentemente haveria uma sobrevivência do direito autoral – só esta justificaria que se falasse em *autorização*.

Criticamos o sistema no nosso *Direito Autoral*³⁵. Como por natureza não há já direito, não se justificaria falar em *autorização*; se se exigisse, seria inconstitucional. A melhor hipótese estaria em admitir que a referência a “*autorização*” seria mero eufemismo para significar pagamento.

Mas esse pagamento não correspondia a uma taxa como contrapartida de serviços prestados, porque não havia tal

³⁵ 2.ª ed. cit., n.os 264 e 265.

serviço do Estado ao obrigado a que correspondesse. Era mesmo tributário e não autoral³⁶.

Portanto, sob a invocação de fins culturais, buscava-se mera fonte de rendimentos, ainda que consignados a fins culturais.

Ora, a Cultura precisa de ser amparada, e não vista como fonte de receita para o Estado. O efeito cultural mais chocante está em que deste modo se reduz, através do gravame tributário, o espaço que se destinaria a ser de livre utilização.

As entidades de gestão coletiva fomentaram o sistema. Mas tão-pouco elas têm legitimidade para o fazer. São legítimas para defender os associados ou representados, não para agravar a situação do público no espaço livre, para colher com isso benefícios indiretos.

Perante a oposição suscitada, também este sistema não chegou a entrar em vigor: a Lei n.º 7 123, de 12 de setembro de 1983, revogou os dois citados preceitos da Lei n.º 5 988.

Continuou a haver vozes pugnando pela revivescência do instituto como a de António Chaves³⁷, mas a posição de longe dominante é a oposta. Bruno Jorge Hammes foi mesmo extremamente severo: “questões de concorrência não se solu-

³⁶ Por ter caráter tributário não podia ser exigido pela utilização feita noutros países. Já nos parece porém que atingia a exploração feita no Brasil de obra que tivesse como país de origem um país estrangeiro convencionalmente ligado com o Brasil, porque o que estava em causa era o fato da utilização de obra no domínio público; em sentido contrário, Vieira Manso, *Direito Autoral*, 2.ª ed., n.º 263.

³⁷ Este autor ainda em Parecer sobre audições públicas emitido a seguir à abolição do domínio público remunerado, em 14.IX.83, de que foi relator no CNDA, retoma a defesa do instituto: cfr. Rev. Forense, n.º 297, janeiro-março de 1987, 145. Mas o instituto estava definitivamente enterrado

cionam com parasitismo”³⁸. A mesma severidade encontramos em autores estrangeiros, como Manfred Rehbinder: “O Direito de Autor não é Direito de assistência social nem de política cultural”³⁹.

De fato, o exclusivo tem o âmbito demarcado rigorosamente pelos fins que o justificam e não deve ir mais além. A liberdade de expressão pode ser restringida apenas na medida em que o reclamem esses fins. Mas comprimir o espaço de livre utilização para a obtenção de finalidades diferentes das que justificam o exclusivo autoral atingiria finalidades coletivas ligadas à fluidez do diálogo social. Isso teria de ser considerado ilegítimo.

³⁸ O Direito de Propriedade Intelectual, 3.^a ed., Unisinos, 1996, n.º 281.

³⁹ Urheberrecht cit., § 41 II, n.º 535.

DIREITO INTELECTUAL, EXCLUSIVO E LIBERDADE⁴⁰

SUMÁRIO

1. A ocupação dos espaços livres por direitos de exclusivo. **2.** A perda da sensibilização pelo interesse público. **3.** Direito intelectuais exclusivos na Constituição. **4.** A patente como exclusivo comercial. **5.** A propriedade da marca de prestígio ou de alto renome. **6.** O cerceamento da liberdade. **7.** A transformação do saber em mercadoria. **8.** A propriedade da informação. **9.** Função social e limitações dos direitos exclusivos. **10.** A globalização. Conclusão.

1 A OCUPAÇÃO DOS ESPAÇOS LIVRES POR DIREITOS DE EXCLUSIVO

A complexidade da sociedade técnica implica o recurso crescente a uma estruturação em categorias abstractas: os seres ideais sobrepõem-se cada vez mais aos seres reais. Isso explica também o empolamento da categoria dos direitos intelectuais.

⁴⁰ Artigo de José Oliveira Ascensão originalmente publicado sob o título Direito intelectual, exclusivo e liberdade. *In: Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, nº 59, jul/ago de 2002, p. 40-49.

O objecto ou ponto de referência destes são bens materiais ou coisas incorpóreas – obras literárias ou artísticas, invenções, marcas e assim por diante.

A categoria está em plena expansão. Assim, os bens informáticos, de génese recente, logo foram acolhidos como objecto de direitos intelectuais. Em muitas outras zonas se produziu este crescimento, como nos direitos dos artistas, dos produtores de fonogramas e de outras entidades – os chamados direitos conexos ao direito de autor.

Os direitos intelectuais são essencialmente direitos de exclusivo ou de monopólio⁴¹. Reservam aos titulares a exclusividade na exploração, ao abrigo da concorrência. São frequentemente qualificados como direitos de propriedade, particularmente nas modalidades de propriedade literária ou artística e propriedade industrial. Mas a qualificação nasceu no final do séc. XVIII e continua a existir com clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade.

A expansão do âmbito dos direitos intelectuais é acompanhada por um reforço constante dos poderes assegurados aos titulares. Um dos aspectos mais salientes está na incessante redução dos limites⁴² dos direitos intelectuais. Isto é preocupante, porque através dos limites se dá entrada nestes domínios a objectivos de ordem geral, nomeadamente aos que traduzem interesses comuns. Quando não são abolidos, os limites são

⁴¹ Acessoriamente, acrescem ao exclusivo – e também com ocorrência crescente – direitos de remuneração, como os atribuídos em consequência da reprografia e da cópia privada.

⁴² Também chamados restrições ou exceções. Seja o caso do direito de citação.

frequentemente transformados em direitos de remuneração: a utilização não está dependente de autorização, mas o beneficiário fica em contrapartida vinculado a remunerar o titular pela utilização que fizer. Assim acontece em larga medida por força da recente directriz da Comunidade Europeia sobre os direitos de autor e conexos na sociedade da informação⁴³. Em qualquer caso, o que era livre deixa de o ser: é mais um domínio que passa a ser apropriado.

Esta evolução tem-se processado no desconhecimento quase total do interesse público. Nos Estados Unidos da América, porque o lugar prioritário que ocupam nas indústrias de *copyright* explica que se procure uma proteção sempre acrescida para as suas exportações. Na Europa, porque a integração é económica, é um mercado comum: os mercadores querem sempre aumentar os seus proventos e a cultura ou o interesse público reduzem-se a uma espécie de fundo musical para os discursos oficiais.

Mas isto vai tendo consequências que, por serem paulatinas, não deixam de ser extremamente preocupantes. O espaço de liberdade é constantemente cerceado.

De fato, o cidadão comum defronta-se crescentemente com o arame farpado. Há cada dia mais zonas cuja entrada está proibida ou reservada. Com isso, o diálogo social perde fluidez. A nossa liberdade passa a ser uma liberdade condicionada: o que fazemos ou podemos depende cada vez menos da nossa espontaneidade e cada vez mais daqueles que se asseguraram posições de privilégio no espaço social.

A Internet veio potenciar estes perigos.

⁴³ Directriz n.º 01/29/CE, de 22 de Maio.

Por um lado, acena-se com uma *sociedade da informação*, em que um manancial de novas potencialidade é aberto para todos. Exalta-se o protagonismo do homem comum que, graças à interactividade possibilitada pelas auto-estradas da comunicação, se tornaria um dialogante universal, e não somente um receptor passivo de mensagens.

Mas por outro lado, verificamos que a Internet, que apareceria como um espaço de liberdade, está já apropriada. Cada vez mais é um espaço de constrição.

A Internet surgiu, curiosamente, como um sistema fechado de comunicações militares, nos Estados Unidos. Foi generalizada a instituições científicas, e apresentada como uma rede de diálogo e intercâmbio desinteressados. Foi depois universalizada como uma via de comunicação, que desvendaria os seus segredos a todo o mundo e poria todos em contacto com todos.

Mas, com maior rapidez ainda, foi apropriada como um veículo comercial. Hoje, a grande massa dos problemas que traz estão ligados ao comércio electrónico. Com isto, toda a visão que da Internet se fazia muda necessariamente de rosto.

A apropriação da informação foi-se fazendo através de numerosas escalões.

Em primeiro lugar, os bens informáticos básicos foram reduzidos a objecto de direitos exclusivos.

E mais ainda: foram protegidos mediante a outorga de um direito de autor. Ou seja: mediante a atribuição do direito intelectual exclusivo mais poderoso que a ordem jurídica oferece. Um direito que se estende a uns absurdos 70 anos após a morte do autor, recaindo sobre realidades meramente técnicas

que estão muito longe de atingirem, mesmo nas manifestações mais arqueológicas, sequer 70 anos de vida!

Estão nestas condições:

- as topografias dos produtos semicondutores
- os programas de computador
- as bases de dados⁴⁴.

Mas a apropriação jurídica da rede vai-se fazendo por muitas outras vias. O esquema geral consiste em considerar todas as utilizações em rede reservadas e cobertas já pelos tratados internacionais sobre direito de autor vigentes. A colocação da obra em rede seria objecto do direito de comunicação pública; o seu chamamento ao visor do utente implicaria o exercício do direito de reprodução, entendido em termos de abranger as meras transmissões tecnológicas; a produção de exemplares no terminal do utente estaria já coberta pelo direito de distribuição.

A apropriação vai sempre avançando mais. Pretende-se que o mero estabelecimento de um hipernexo (*hyperlink*) para sítio alheio está sujeito à autorização do titular desse sítio. Paralelamente, regula-se cada vez mais o comércio electrónico.

No domínio da “propriedade industrial” assiste-se a uma evolução paralela.

Basta atentar em dois fenómenos que se processam no domínio das marcas e patentes.

⁴⁴ Há variações de caso para caso, nomeadamente em relação às topografias dos produtos semicondutores, que não lograram ter na Europa uma cobertura total em termos perfeitos de direito de autor. Noutros casos vai-se mais longe: a lei inglesa protege por *copyright* as obras produzidas por computador, que não têm evidentemente a marca pessoal que é a base do direito de autor

A *marca* é um sinal distintivo de uma série de produtos ou serviços, perante os restantes. É dominada pelo princípio da especialidade: não dá a apropriação do sinal, mas apenas a reserva do uso nos produtos ou serviços a que se aplica.

Porém, em relação às marcas chamadas de prestígio ou de grande renome pretende-se hoje um monopólio absoluto, que reservaria de todo o uso da marca. O direito à marca torna-se então um direito por si, independentemente da função distintiva: direito que permite lucros espantosos na sua comercialização e representa por vezes o mais importante activo de uma grande empresa.

A *patente* é um exclusivo de exploração industrial, outorgado em contrapartida de uma exploração efectiva da marca.

Mas pretende-se transformá-la hoje num exclusivo comercial: a patente estaria sendo explorada desde que fossem comercializados os produtos que resultam da sua aplicação – mesmo que por importação. Isto significa que o país que outorga a patente estaria, sem receber nenhuma contrapartida, a reservar um mercado a uma empresa estrangeira que não contribuiria para o seu desenvolvimento.

2 A PERDA DA SENSIBILIZAÇÃO PELO INTERESSE PÚBLICO

Esta evolução deve levar-nos a reconsiderar o fundamento da outorga de exclusivos.

No início do séc. XIX, quando esta matéria tomou a sua feição actual, mantiveram-se os privilégios outorgados no antigo regime, aos autores nomeadamente, mas agora justificados por serem uma propriedade.

Não obstante, a consciência do *interesse público* associada à outorga do exclusivo era muito nítida. O exclusivo era atentatório da liberdade económica. Deveria por isso ser limitado e temporário. Só se prolongaria o lapso suficiente para permitir recompensar o contributo social trazido e estimular o aparecimento de novas criações⁴⁵.

Paradoxalmente, este sentido do interesse público perdeu-se quase totalmente no século XX, que se pretendeu a idade do social. Os exclusivos empolam-se e multiplicam-se, cada vez mais justificados por meros interesses privados. O espaço de liberdade sofre uma perigosa restrição.

De fato, os debates a que hoje se assiste são menos os que opõem o interesse público e os interesses privados e mais os que *opõem entre si os vários interesses privados* no seu apetite de protecção. São os que opõem os autores aos produtores de fonogramas ou aos radiodifusores, os que opõem os provedores de serviços na Internet aos titulares de direitos sobre os conteúdos, e assim por diante. E como a história ensina, os acordos entre os grandes fazem-se à custa dos pequenos. Os direitos exclusivos incharam cada vez mais, à custa do *interesse do público*, que viu agravada mais e mais a sua condição; e à custa do *interesse público*, que o neoliberalismo imperante só envergonhadamente permite referir.

A situação só conheceu um solavanco nestes últimos anos, com a formação de *correntes libertárias* no seio da Internet. Curiosamente, tudo se passa no âmbito norte-americano.

⁴⁵ Esta justificação engloba o direito de autor e as patentes, mas não os sinais distintivos, como as marcas.

A Internet nascera como espaço de liberdade. A actividade científica, nomeadamente, afeiçoara-se a essa livre comunicação.

O trânsito brusco da Internet para uma espécie de gigantesco centro comercial, em que por natureza tudo é venal, se por um lado teve os seus defensores – e como não, quando as próprias empresas de informática surgiam entre as empresas com maiores lucros do mundo? – por outro lado suscitou reacções. Apareceu uma corrente libertária, que pretendeu que a Internet fosse um “espaço livre de direito”. No caso, que não ficasse submetida aos exclusivos que quadriculavam a vida fora da rede.

As pretensões anti-legalistas podem ter muitos significados, que não podemos analisar aqui. Se se afasta a lei, as empresas da Internet passam a ter livre curso. O seu domínio consolida-se com os próprios instrumentos técnicos que condicionam a utilização da rede. O que pode significar que há uma transferência de domínio, apenas. O domínio legal é substituído pelo domínio das estruturas técnicas – o *code*, de que fala Lessig.

Mas há também um entendimento, não apenas anti-legalista mas libertário, que se tornou muito nítido na polémica em torno do Napster; mas é também actuante noutros domínios menos conhecidos, como o que levou à rejeição do chamado direito *sui generis* sobre as bases de dados. Há pois um movimento vivo, que terá necessariamente derrotas mas teve também vitórias.

E sobretudo, para o que nos interessa, obrigou a reposicionar o significado e fundamento dos direitos exclusivos.

3 DIREITO INTELECTUAIS EXCLUSIVOS NA CONSTITUIÇÃO

Tomamos como ponto de partida uma colocação constitucional da matéria. Aos ilustres constitucionalistas presentes pedimos que não tomem a atitude como atrevimento, mas como reconhecimento de que a base constitucional deve ser procurada em todos os sectores da ordem jurídica.

As referências da Constituição brasileira a esta matéria não são muitas.

Começemos pelas mais gerais, ligadas à liberdade de expressão. Temos nomeadamente o art. 5 IV, sobre a *livre manifestação do pensamento*, e o art. 5 IX, sobre a *livre expressão* da actividade intelectual e de comunicação.

A *liberdade de expressão* ocupa uma posição muito importante na construção jurídica norte-americana. Nomeadamente, à 1.^a emenda se recorre frequentemente contra os entraves postos ao diálogo intelectual.

O sentido das regras constitucionais brasileiras é claramente o de estabelecer liberdades, e não de estabelecer exclusivos. O princípio é o da liberdade – incluindo, o que é muito importante, a liberdade de comunicação. Se o que se institui é uma liberdade, são as restrições que terão de ser justificadas. Quaisquer concessões da lei ordinária não poderão ser levados até ao ponto de pôr em causa o princípio da liberdade.

Com este pano de fundo, vejamos quais os preceitos que prevêm a existência de exclusivos.

São sobretudo os incisos XXVII e XXIX do art. 5.

O inciso XXVII assegura aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução das suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

A lei maior assegura pois aos autores um exclusivo:

- hereditável
- temporário.

Qual o *conteúdo* desse exclusivo?

Tem sido observada a pouca precisão técnica do enunciado constitucional de faculdades. Não só *utilização* é termo por demais genérico, como *publicação* e *reprodução* se sobrepõem em grande parte.

O núcleo estará na referência à *utilização*. Mas não teria sentido que a lei estivesse garantindo a utilização privada. Direito à utilização privada todos temos. O que está em causa é a *utilização pública*, que fica condicionada à autorização do autor.

A razão da reserva ao autor da utilização pública encontra-se sobretudo na garantia a este de um **exclusivo do aproveitamento econômico** da obra. A lei vê o modo de remuneração da prestação criativa do autor na reserva para estes dos proventos que a obra produzir, enquanto o direito durar.

Há assim na base desta previsão uma preocupação patrimonial. Preocupação que se prolongará no inciso XXVIII *a* – proteção das participações individuais em *obras colectivas* – e no inciso XXVIII *b* – *direito de fiscalização* do aproveitamento econômico das obras.

Directamente, não estão previstos os *direitos pessoais (ou “morais”) de autor*. A sua tutela constitucional basear-se-á pre-

dominantemente em razões de defesa da personalidade, que não poderão deixar de ser tidas em conta pela força supra-constitucional do princípio da tutela da dignidade humana.

Também não se afirma em geral a garantia dos chamados direitos conexos. Mas os artistas intérpretes ou executores beneficiam de uma referência reflexa no inciso XXVIII *a*, que protege a reprodução da imagem e da voz humanas; e sobretudo da previsão do inciso XXVIII *b*, que atribui aos intérpretes o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras de que participarem, o que implica que lhes sejam atribuídos direitos.

No que respeita aos *direitos industriais*, há que distinguir fundamentalmente duas categorias:

- as inovações industriais, como as invenções
- os sinais distintivos do comércio, como as marcas⁴⁶.

São todos abrangidos pelo art. 5 XXIX da Constituição, que refere um “privilégio temporário”, “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”.

Há aqui um evidente acentuar do interesse social. Esses direitos são conferidos na medida em que há interesse do país na sua concessão. E são expressamente apresentados como temporários⁴⁷. Manifesta-se visivelmente uma preocupação

⁴⁶ Outras figuras, como a concorrência desleal, que a estas têm sido associados, não têm relevância neste domínio: as regras que lhes respeitam tutelam interesses, mas não atribuem direitos exclusivos.

⁴⁷ Em relação às marcas e outros sinais distintivos, haverá que entender este acento sem prejuízo da susceptibilidade de renovação do exclusivo, que pode levar economicamente a uma perpetuidade.

pelo interesse público, muito mais expressa que no respeitante ao direito de autor e direitos conexos.

Há ainda outro preceito particularmente importante para este efeito.

Referimo-nos ao art. 5 XXIII – “a propriedade atenderá a sua *função social*”.

Em si, representa um limite do direito de propriedade. Impõe a esta um limite funcional intrínseco: o desempenho duma função social.

Não é uma afirmação isolada. Assim, o art. 170 III proclama como princípio da ordem económica a “função social da propriedade”. E em muitos outros lugares afirma a Constituição esta função social⁴⁸.

Para que se não limite tudo a uma declaração oca, o princípio terá de se prolongar nos regimes positivos.

Isto implica que a propriedade privada, que está indelivelmente ligada ao desempenho duma função *peçoal*, terá de ser conciliada na sua existência e exercício com a função *social* que também desempenha.

A função social refere-se à *propriedade*. A importância que isso tem para os direitos de exclusivo será adiante precisada.

4 A PATENTE COMO EXCLUSIVO COMERCIAL

Perante este panorama, os fenómenos que atrás apontámos abrem perspectivas inquietantes. Pois não encontramos para eles cobertura, constitucional ou outra.

⁴⁸ Vejam-se nomeadamente os arts. 156 § 1.º, 182 § 2.º, 184, 185 § 1.º e 186

Começemos pelo que respeita à patente e à pretensão que o dever de explorar a patente se satisfaz com a importação dos produtos que sejam resultado daquela invenção⁴⁹.

Mas a ser assim, a patente perde toda a justificação.

A patente sempre foi entendida como um exclusivo industrial. O exclusivo é outorgado ao inventor em contrapartida da exploração industrial que este deverá realizar, contribuindo assim para o abastecimento público e o progresso econômico do país.

A Convenção da União de Paris, no seu art. 5-A 1), determina que a introdução no país pelo titular da patente de objectos fabricados noutra país da União não implicará a caducidade da patente. Mas isso não contraria a obrigação de exploração: a introdução dos objectos só é tolerada se cumulativa com a exploração industrial, e não quando substitutiva desta.

Recentemente, porém, surgiu a pretensão de admitir que a exigência de exploração se satisfaria com a *mera importação dos objectos resultantes do processo patenteado*. Com isto se transformaria a patente num mero exclusivo comercial. Alguém fabricaria onde entendesse, mas asseguraria pela patente um exclusivo para todo o mundo.

Pretendeu-se justificar tal pretensão com fundamento no art. 27/1 do Acordo ADPIC ou TRIPS, anexo ao Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio. Segundo este, que respeita ao objecto patenteável, seria excluída a discriminação quanto “ao fato de os produtos serem importados ou produzidos localmente”. Daqui se inferiria que estaria no alvedrio do titular da patente importar esses produtos ou produzi-los localmente.

⁴⁹ Cfr. supra n.º 1.

Em consequência, o art. 68 da Lei n.º 9279/96, de 14 de Maio (Lei da Propriedade Industrial), que estabelece em tal caso uma licença obrigatória, estaria em contradição com o ADPIC.

Por detrás disto estão os Estados Unidos da América, que se movem internacionalmente para obter, no foro favorável da O.M.C., uma condenação do Brasil.

Na realidade, a interpretação que se faz do art. 27/1 ADPIC é errónea.

Desde logo, porque o trecho invocando se encontra no art. 27, que respeita ao *objecto* patenteável, e não no art. 28, que regula o *conteúdo* do direito. Se semelhante alteração radical do regime e natureza da patente viesse disfarçada num artigo sobre o objecto da patente haveria pelo menos má fé – o que nunca é de presumir num instrumento internacional.

A explicação do trecho invocado é muito diferente. Deve procurar-se na própria natureza do ADPIC, como acordo comercial; ao contrário da Convenção de Paris, que é uma convenção industrial.

A Convenção de Paris estabelece a obrigação de explorar. Admite ainda que haja uma importação complementar dos produtos objecto da patente, mas não se preocupa com fixar o regime respectivo, porque não é uma convenção comercial.

Pelo contrário, esse é o objecto específico do ADPIC. Não toca na obrigação de explorar, no seu verdadeiro sentido de obrigação de produzir. Determina que os produtos validamente importados não podem ser discriminados na comercialização em relação aos produzidos internamente. Porque bem poderia acontecer que a importação complementar não tivesse nenhu-

ma incidência sobre o regime da patente, mas os produtos importados fossem depois discriminados na sua comercialização.

Sendo assim claro o entendimento daquele trecho, a interpretação contrária é artificial e inadmissível.

No ponto de vista constitucional, que é o que prevalentemente nos interessa, semelhante interpretação fere a Constituição brasileira.

O art. 5 XXIX é categórico ao estabelecer que o privilégio de utilização será concedido “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”.

Nenhum interesse social haveria em dar um monopólio comercial, tornando o Brasil um vazadouro de produtos industriais alheios, sem deixar sequer o recurso aos interessados de importá-los dos lugares onde o preço fosse mais favorável.

E por outro lado, o exclusivo é constitucionalmente concedido tendo em vista “o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. Uma patente que conduzisse a tais consequências nada beneficiaria, muito pelo contrário, semelhante desenvolvimento.

Esta pretensão é pois inconstitucional. Há que tirar daí as consequências devidas.

5 A PROPRIEDADE DA MARCA DE PRESTÍGIO OU DE ALTO RENOME

Como dissemos, pretendeu-se que a marca de prestígio, ou célebre, ou de alto renome, seria protegida mesmo que não respeitasse a produtos ou serviços idênticos ou semelhantes. Com isto se afirmaria uma propriedade dessa marca.

A marca célebre, no entendimento dominante na Alemanha, seria aquela que fosse conhecida por 80% da população.

Entendamo-nos antes de mais sobre o que significa a “propriedade da marca”.

O próprio art. 5 XXIX da Constituição fala em propriedade da marca. Mas fá-lo inadequadamente, porque não há na verdade propriedade nenhuma. Basta pensar no princípio da *especialidade* da marca. Se o titular da marca só a pode usar em certos produtos ou serviços, e não em todos; e se tem de coexistir assim eventualmente com titulares da mesma marca, desde que com referência a produtos ou serviços diferentes ou dissemelhantes; isso significa cabalmente que não tem nenhuma propriedade da marca. Ora a lei vincula pelo regime que estabelece, e não pelas qualificações a que recorre.

Mas justificar-se-á que, em relação às marcas célebres, se reconheça uma verdadeira propriedade?

Mesmo então pensamos que a qualificação estaria errada e que não há verdadeiramente propriedade. Mas a questão não é de qualificação, mas de juízo sobre a valia de tal disciplina.

E não tem, a nosso ver, valia nenhuma.

A marca tem na sua base um interesse público: o de dar informação ao público em geral, permitindo-lhes distinguir uns produtos ou serviços de outros e evitando que seja induzido em erro. O interesse privado dos titulares só surge protegido num segundo plano, enquanto serve aquela finalidade de interesse geral.

Mas estender o exclusivo outorgado pela marca a todos os produtos ou serviços, independentemente de serem ou não explorados (marcados) pelo titular da marca de prestígio, é en-

grossar o monopólio, sem contrapartida em nenhum interesse social. Dá arbitrariamente ao titular um locupletamento casual, quando o interesse público levaria justamente em sentido contrário: limitar os espaços de restrição da liberdade.

No direito brasileiro não se fala em marca célebre ou de prestígio, mas em *marca de alto renome*. O art. 125 LDI dispõe: “À marca registada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de actividade”.

Não é nosso propósito entrar na exegese deste preceito, que traz muitas dificuldades. Para além da interpretação do próprio âmbito da categoria, há que saber o que significa a “proteção especial”, que a lei deixa completamente por explicar.

Mas acrescenta-se: “em todos os ramos de actividade”. Uma das interpretações possíveis da expressão seria que se assegurava protecção, independentemente da satisfação do princípio da especialidade.

Semelhante orientação não satisfaria as exigências da Constituição. Traria um exclusivo, portanto uma restrição da liberdade, que beneficia fortemente as marcas mais poderosas, sem nenhuma contrapartida no interesse social. Esta protecção arbitrária dos mais poderosos seria de todo contrária à visão constitucional⁵⁰.

⁵⁰ Acessoriamente, observemos que o art. 16/3 do ADPIC em nada suporta a orientação que criticamos. Este preceito veio estender a aplicação do art. 6 bis da Convenção de Paris a produtos (ou serviços) que não sejam idênticos ou semelhantes àqueles para que uma marca foi registada, quando a utilização dessa marca para esses produtos ou serviços indicar a existência de uma relação com o titular da marca registada, e puder prejudicar este. Há uma extensão do âmbito tradicional do princípio da especialidade, mas que nada tem que ver com a protecção absoluta, ao próprio sinal em si, que se pretende atribuir à marca de prestígio.

6 O CERCEAMENTO DA LIBERDADE

Não pode deixar de nos inquietar a corrosão do espaço de liberdade a que assistimos.

Manifestações muito variadas são redutíveis a este denominador comum. O espaço de liberdade tornou-se extremamente apetecível, porque é nele que se podem estabelecer os exclusivos. O espaço de liberdade comunitária fica assim crescentemente reduzido.

De fato, à nossa volta cada vez mais zonas que eram livres se tornaram reservadas. Tudo aquilo que é susceptível de dar dinheiro é cobiçado. As zonas abertas são rodeadas de arame farpado.

Este fenómeno, sempre muito grave, atinge o extremo quando se toca a *liberdade de informação*.

Vivemos hoje um paradoxo. Estamos na sociedade da informação. Nunca foi tão grande a quantidade da informação e o seu significado social. E todavia, nunca a liberdade da informação foi tão ameaçada!

A criação das grandes redes mundiais da informação, se trouxe possibilidades gigantescas de acumulação e difusão da informação, trouxe também grandes riscos para esta.

Desde logo, pela própria *concentração das empresas* de informação. Esta é visível e do domínio público, em todos os sectores. Mas apresenta-se como uma fatalidade no que respeita aos provedores de serviços em rede e particularmente, para o que nos interessa, aos provedores de conteúdos.

De fato, as grandes empresas que disputarão amanhã as preferências dos internautas, além de gigantescas, terão de ser universais – apresentar conteúdos que satisfaçam toda a

procura da clientela, para a poderem fidelizar. Só dois ou três colossais conglomerados o poderão fazer. Os restantes terão de se limitar a públicos regionais, ou contentar-se com nichos de mercado. Mas é bem claro que, quando toda a informação é decantada por dois ou três gigantes, apenas, a liberdade de informação está em risco.

Muitas outras ameaças pesam, porém, sobre a informação, na sociedade da informação nascente.

Uma delas, e bem significativa, encontra-se na *limitação dos próprios instrumentos de busca*.

A Internet disponibiliza, teoricamente para todos, uma quantidade fantástica de informação. Mas o internauta só poderá aportar a essa informação através dos instrumentos ou motores de busca.

Acontece, porém, que os instrumentos de busca apenas permitem aceder a uma percentagem diminuta do manancial de informação disponível. O resto está perdido – ou está disponível apenas para aqueles que têm um conhecimento privado. O universo da informação estreita-se assim grandemente, por falta de capacidade de a recuperar.

A questão agrava-se, e muito, perante as distorções dos próprios *instrumentos de recuperação da informação*.

Eles podem ser estruturados de maneira a conduzir preferentemente para certos conteúdos, e não para outros.

E podem os próprios sítios ser preparados, através de descritores ou *metatags*, de modo a *atraírem os navegantes* na rede, por vezes sem que eles se dêem conta de que o que lhes é mostrado não é afinal aquilo que procuravam.

Para além disso, podem os próprios navegadores ou instrumentos de busca ser programados de maneira a reunir informações sobre as buscas realizadas pelos utentes, e com base nelas traçar um perfil desse utente⁵¹, que permita *apresentar material já seleccionado* de acordo com as preferências demonstradas. O que significa que o internauta julga que está a determinar a escolha, e afinal é determinado: é a máquina quem toma o papel determinante no material que é apresentado.

Daqui resulta que a rede está já longe de ser aquele campo de informação livre que aparentemente está à disposição do internauta.

7 A TRANSFORMAÇÃO DO SABER EM MERCADORIA

Vale a pena reflectirmos um pouco sobre o significado da liberdade de informação.

Vamos partir do texto constitucional: o art. 5 XIV, que assegura a todos o acesso à informação.

Este trecho precisa de ser interpretado, porque são muitos os sentidos que podem gravitar em torno da referência ao direito ou liberdade de acesso à informação.

A Constituição Portuguesa distingue os direitos de informar, de se informar e de ser informado.

De fato, uma interpretação restritiva do direito à informação traria perigos. Facilmente se confundiria com um direito a consumir informação. Os internautas seriam reduzidos a con-

⁵¹ É o que se passa com os chamados cookies, que apresentam a característica espantosa de serem armazenados no próprio terminal do utilizador.

sumidores, pelo que todas as suas pretensões seriam satisfeitas desde que a informação estivesse disponível para consumo.

Mas com isto, os aspectos mais nobres e significativos do direito à informação ficariam perdidos.

Há que estar atento à variação de significado da informação na sociedade contemporânea. A informação é cada vez menos saber, e cada vez mais um produto.

É cada vez menos saber, com o seu carácter individualizado. É cada vez mais objecto, como realidade que se separa daquele que sabe.

Diz-se que na sociedade da informação a informação se transforma em novo *fator de produção*, a acrescer aos classicamente enumerados.

Sem entrarmos em divagações económicas, diremos que o que parece claro é que a informação se transformou em *mercadoria*. Ela é apropriada e transaccionada. O domínio das fontes da informação dá poder. E esse poder é possivelmente hoje o mais forte de todos os fatores de denominação, substituindo mesmo o terror atómico, que se revelou ineficaz por força do seu carácter excessivo e reversível.

Mas o direito à informação não pode ser separado do direito à informação verdadeira.

Isso está praticamente ausente da envolvente sociedade da informação.

A informação mede-se em termos de *quantidade e utilidade*. Isso é próprio duma mercadoria. A *verdade* da informação é uma realidade cada vez mais afastada, como metafísica. Desde logo porque se perdeu ou se recusa ostensivamente todo e qualquer critério de verdade.

Assim, o que se desenvolve é a informação útil. Dir-se-á que a utilidade da informação é ditada pelo mercado. Seguramente que será ditada antes de mais pelas forças que estão por detrás do mercado.

Mas com isto, o direito fundamental perdeu quase todo o significado. Reduziu-se a uma garantia de acesso às fontes da informação que quase não tem sentido para o cidadão comum. E à colocação do público em geral na posição de *consumidor da “verdade” que lhe é fornecida*.

8 A PROPRIEDADE DA INFORMAÇÃO

O que se passa no domínio das bases de dados é particularmente inquietante.

A informação é livre. É um princípio fundamental. Desde que a adquirir licitamente, posso utilizá-la como desejar.

Mas também esta zona de liberdade é alvo das maiores cobiças. De vários modos, procura-se obter a propriedade da informação.

O modo mais significativo, e mais preocupante, está na admissão do chamado direito *sui generis* sobre as bases de dados.

A Comunidade Europeia criou, além do direito de autor sobre as bases de dados originais, o chamado direito *sui generis* do produtor da base.

Este é um direito cujo objecto é o próprio conteúdo da informação da base. O produtor passaria a poder opor-se a actos de *extracção ou reutilização* do conteúdo da base, desde que esta tivesse exigido um investimento considerável, no ponto de vista quantitativo ou qualitativo.

Neste caso, é a própria informação que passa a ser apropriada. E, através de uma série de afirmações ambíguas, põem-se em causa liberdades fundamentais e a fluidez do diálogo social.

Entendamo-nos bem sobre o que está em debate. Todos concordam que seria inadmissível que, tendo alguém organizado uma base de dados, os concorrentes a fossem comercializar livremente – em muito melhores condições de preço até, por não terem que amortizar nenhum investimento. Mas para evitar isso basta a *concorrência desleal*, porque o acto seria tipicamente parasitário. Não é necessário criar um direito exclusivo para este efeito.

Suponhamos, porém, que um pesquisador, baseando-se em dados que recolheu das bases existentes, o torna como fundamento de uma dissertação, que publica. *Reutilizou*, sem dúvida, esses dados. Significa isto que a sua actividade deixou de ser livre, e que terá de coligir as inúmeras autorizações necessárias, para que o livro possa ser dado a público?

É evidente que, deste modo, se criam os maiores empecilhos à pesquisa universitária e científica e ao diálogo social em geral. A informação passou a ser apropriada; passa a ser um produto venal como qualquer outro. A rede de arame farpado adensa-se, atingindo agora o que deveria ser o valor fundamental da sociedade da informação. A sociedade da informação revela-se afinal como a sociedade da privatização da informação.

Semelhante evolução seria gravemente atentatória da Constituição. O art. 5 XIV assegura a todos o acesso à informação. Mais uma vez, as declarações constitucionais não podem ser esvaziadas. O acesso à informação é assegurado a todos: não apenas aos profissionais da informação.

O acesso à informação pode implicar onerosidade. Compreende-se que quem organiza uma base de dados seja remunerado, para compensar os gastos e trabalho que isso implica. Mas satisfeitas as condições de acesso, a utilização da informação obtida é livre. Nenhum sentido teria a garantia do acesso à informação se esta, como informação, não pudesse ser utilizada.

O que é excluído é apenas a concorrência desleal. É excluída a comercialização daqueles mesmos dados, como forma de *misappropriation* – como utilização parasitária daqueles mesmos dados como objecto de negócios. Mas não é excluída, é pelo contrário garantida, a sua utilização como informação, como base do próprio trabalho. Ainda que esse trabalho se traduza em resultados que sejam comercializados por sua vez.

Estes princípios defrontam um limite geral, que é óbvio: o limite da má fé. É evidente que se a obra, apresentada como própria, for apenas o pretexto para comercializar os dados alheios, há fraude, e essa concorrência disfarçada não pode ser tolerada.

Fora disso, porém, o grande princípio da liberdade de informação impera. A transformação da informação em pura mercadoria viola os princípios constitucionais.

9 FUNÇÃO SOCIAL E LIMITAÇÕES DOS DIREITOS EXCLUSIVOS

Tudo o que dissemos até agora respeita à justificação e configuração dos direitos exclusivos, por si.

Mas há ainda outro aspecto em que o exclusivo é muito relevante, do ponto de vista constitucional.

Um exclusivo, onde se admitir, não representa nunca um absoluto. *Não há* aliás *direitos absolutos*, pura e simplesmente. Todo o direito, exclusivo ou não, tem de admitir limites.

É esta a consequência directa do princípio da função social. Porque tem uma *função social*, o direito exclusivo está sujeito a limites, que compatibilizam o exercício pelo titular com o interesse social.

Fala a Constituição repetidamente, como vimos, em função social da *propriedade*. Já deixámos entender que em rigor os direitos exclusivos não são propriedade, são uma categoria diferente de direitos. Mas bastaria a referência frequente à propriedade intelectual para que os exclusivos estivessem abrangidos também nestas previsões.

Há porém outra razão mais forte que nos impele neste sentido. É que propriedade, no sentido constitucional, não é apenas um direito real entre outros. Não é sequer o conjunto dos direitos reais. Quando se fala em propriedade na Constituição abrangem-se *todos os direitos patrimoniais privados*. São estes que se justificam, que se asseguram, que se limitam.

Os direitos intelectuais *exclusivos* são sem dúvida direitos patrimoniais privados. A eventual presença de faculdades pessoais não lhes retira essa característica. Aliás, vimos já que na Constituição o aspecto pessoal é praticamente omitido. Mesmo na lei ordinária as faculdades pessoais estão claramente deprimidas, em confronto com as patrimoniais.

Os direitos exclusivos têm pois limites; e não podem deixar de os ter, por força do princípio constitucional da função social da propriedade. Os direitos exclusivos, que são criados tendo em vista um interesse social, não podem na sua existência ignorar a função social que os justifica.

Assiste-se porém, também neste domínio, a uma evolução anómala.

Já dissemos que se desencadeou uma ofensiva geral contra os limites dos direitos exclusivos. Ou então, transformam-se esses limites em direitos de remuneração, o que significa do mesmo modo pôr termo a uma zona de liberdade.

Invocam-se argumentos absurdos, desde logo a própria qualificação como *propriedade* que tornaria tais direitos absolutos – quando justamente sobre a propriedade recai expressamente o princípio constitucional da função social.

Por maioria de razão, os direitos de exclusivo, que representam em si indesejáveis monopólios, não podem deixar de estar sujeitos a limites que os reconduzem ao interesse social.

Mas também neste domínio a Comunidade Europeia chegou a um máximo.

Na recente directriz sobre aspectos do direito autoral na sociedade da informação⁵² estabeleceu-se uma tipicidade ou *numerus clausus* dos limites. Faz-se uma lista, que os Estados-membros estão impedidos de ultrapasar.

É muito grave, enquanto revela falta de sensibilidade social, e por outro lado mata toda a possível evolução do direito de autor. Este deixa de se poder adaptar à evolução das circunstâncias; sendo certo que essa adaptação só é possível justamente pelo uso equilibrado dos limites.

Com isto se criou uma *fractura grave entre o sistema norte-americano e o europeu*. Na América do Norte prevalece o princípio do *fair use* – aceitam-se práticas limitadoras, desde que

⁵² Directriz n.º 01/29, de 22 de Maio.

conformes com esta cláusula geral. Na Europa, pelo contrário, acaba de dar-se ao direito de autor uma rigidez total. Temos assim consagrada uma orientação monopolista extrema, que despreza as finalidades sociais.

É muito de desejar que essa orientação não se comunique a outros lugares. Não temos dúvidas em afirmar que no Brasil uma restrição drástica dos limites dos direitos de exclusivo, nomeadamente no que respeita ao uso privado, contrariaria o princípio constitucional da função social.

10 A GLOBALIZAÇÃO

Mas não devemos concluir que tudo isto é afinal o resultado da globalização?

Por todo o lado aparece hoje esta palavra mágica a justificar tudo o que acontece. O mundo marcha para uma unificação em que se apagam as posições particulares. Por isso, os interesses nacionais deverão dobrar-se em nome de uma racionalidade técnica.

Já aqui ouvimos falar desta globalização, que implicaria uma restrição das soberanias.

Mas é necessário pensar. Que o mundo se aproxime, em marcha para uma convivência global, não é nada de novo.

Tem uma origem bem precisa: os descobrimentos portugueses, que trouxeram ao convívio todos os povos da terra.

A partir daí, a globalização tem sempre progredido. Muitas vezes pacífica e espontaneamente. Outras vezes pela força: lembremos a canhoneira britânica que impôs no séc. XIX a abertura dos portos do Japão ao comércio ocidental.

Hoje dão-se novos passos neste sentido. Pacíficos ou não. Recorrendo a novos métodos, como a pressão econômico-financeira exercida pela Organização Mundial do Comércio ou pelo Fundo Monetário Internacional.

É muito importante o que se passa no domínio das comunicações. As privatizações, a rede aberta, asseguram que a informação, elemento estratégico, circule igualmente por todo o lado.

Mas a globalização é a chave e justificação de tudo o que acontece? Só o seria se admitíssemos um novo determinismo, com um novo percurso inexorável da história.

Há que distinguir a realidade da aproximação dos povos, a necessidade de coordenação para a solução de problemas comuns, da realidade bem diferente consistente na dominação pelas grandes potências no sentido que lhes interessa.

A globalização não é um movimento de sentido único e pré-determinado. Como todas as realidades técnicas, apresenta alternativas. O modo de a realizar é objecto de opção humana.

Poderá ser feita pelo império dos mais poderosos, absorvendo sucessivamente zonas livres e fazendo entre si pactos transitórios à custa dos restantes. Nesse caso, a invocação do interesse público seria despropositada, porque só estaria em causa o interesse dos conglomerados (com que os interesses das grandes potências praticamente se confundem).

Mas há um outro modo de fazer a globalização. É estabelecer, em vez de relações de subordinação, relações de harmonização e coordenação. Nesse caso, os princípios da liberdade podem ser salvaguardados. Não há nada que justifique

a incessante ampliação dos exclusivos, que representam parte dos laços de subordinação que as grandes potências tecem.

Neste sentido, a globalização é um pretexto. Não há nenhuma exigência objectiva que imponha o incessante crescimento dos exclusivos.

11 CONCLUSÃO

Não podemos prolongar esta análise.

Os vários domínios visitados revelam-nos que os direitos exclusivos estão umbilicalmente ligados a um interesse social que se destinam a servir. Há por isso uma prioridade da liberdade. São os exclusivos que devem ser justificados, e só são admissíveis quando assentem num interesse social.

Os exclusivos integram-se assim na categoria das restrições indispensáveis para remunerar contributos socialmente úteis.

O ideal constitucional não é por isso a sociedade dos monopólios, em que tudo se torna reservado e venal é a sociedade da liberdade, em que ao diálogo social se oponha o menor número possível de entraves, e em que, quando os haja, esses entraves traduzam o interesse público, e não a supremacia de interesses privados.

Perguntaram-me porém:

O sonho de termos um mundo em que não haja subordinação pelas grandes potências é irrealizável?

É.

Não há sociedade definitivamente apaziguada. Não há mundo em que os mais poderosos não abusem.

A “paz perpétua” de Kant, como justamente foi observado, é um lema que quadra muito bem nos cemitérios. Nada tem que ver com o mundo real.

A formulação de metas utópicas tem um efeito perverso: é distrair-nos das batalhas reais que devemos travar, num mundo em que a desordem e a injustiça estarão sempre presentes. Um objectivo irreal torna a nossa actuação ociosa e mesmo contraproducente.

Mas isto não significa que sejamos pessimistas.

Não há desordem definitivamente instalada. O tempo destrói por si as situações aparentemente mais sólidas. Lembremo-nos da repartição do mundo em duas grandes potências, que parecia já constitutiva da nossa existência: esboroou-se quase de um dia para o outro.

Também as formas de dominação existentes não se impõem sempre. Porque o espírito prevalecerá sobre a matéria. As próprias estruturas viciosas de poder gerarão os anticorpos que as hão-de destruir. E acima de tudo está o Espírito, que paira incessantemente sobre as águas, que sopra onde quer e não há autoestrada da informação ou direito exclusivo que o consigam canalizar.

O “FAIR USE” NO DIREITO AUTORAL⁵³

SUMÁRIO

1. Os limites e as “exceções”; 2. Modos técnicos de limitação dos direitos; 3. Os sistemas romanísticos; 4. O *fair use*; 5. O confronto dos sistemas; 6. Os constrangimentos na informática; 7. Remendo novo em pano velho; 8. A intervenção de outros ramos do Direito em colisão com o Direito Autoral.

1 OS LIMITES E AS “EXCEÇÕES”

Devo versar o tema, de grande melindre e complexidade, do *fair use* no Direito Autoral.

O *fair use* surge como um instituto essencialmente de Direito norte-americano⁵⁴. Não tem correspondente directo no Direito Autoral romanístico. Devo fazer a ponte entre o *fair use* e o regime de outros ordenamentos jurídicos.

A problemática geral a afrontar é a dos *limites* do Direito de Autor.

⁵³ Artigo de José Oliveira Ascensão originalmente publicado sob o título *O “Fair Use” no Direito Autoral. Direito da Sociedade e da Informação – Vol IV*. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

⁵⁴ Tem significado diferente no Direito do Reino Unido, como modalidade do *fair dealing*, como veremos.

Essa problemática, podemos dizer, está hoje um tanto armadilhada.

Ainda no século XVIII, para fugir à caracterização do Direito de Autor como um privilégio, surgiu a teoria do direito de propriedade (intelectual).

Essa teoria teve larga aceitação nos séculos seguintes. Mas na segunda metade do século XX extraiu-se da concepção como propriedade a ilação que o direito autoral não deveria teoricamente ter limites – porque era uma propriedade. Os limites passaram a ser designados *exceções*. E as exceções, justamente porque excepcionais, deveriam tendencialmente ser abolidas.

Abriu então a época da “caça às exceções”. Foram objecto duma redução drástica, que prossegue nos dias de hoje.

Tudo isto está errado:

- o direito autoral não é propriedade
- os limites não são exceções.

A primeira afirmação não pode ser desenvolvida aqui. A concepção dos direitos intelectuais como propriedade nasceu com função ideológica, no mau sentido da palavra, no final do séc. XVIII e continua a ser sustentada com idêntica função.

No que respeita à segunda afirmação basta recordar um princípio geral do Direito. Todo o direito subjectivo é o resultante de uma pluralidade de disposições, umas positivas outras negativas: de poderes e vinculações, digamos. Não há direitos absolutos. A vinculação não é exceção, é uma manifestação tão

normal como a do poder. O direito subjectivo é a resultante daquele complexo de preceitos.

O direito de autor é um direito como qualquer outro. Por isso, como todo o direito, tem limites⁵⁵.

Os limites, como ocorrência comum, modelam a atribuição realizada. É normalmente através deles que se dá abertura a exigências de interesses públicos ou gerais, como os que têm por finalidade a promoção da cultura ou da educação; ou de interesses do público em geral, como o uso privado. Mas há sempre na base dum limite, como na base de qualquer preceito legal, uma motivação de interesse geral. Pode ser por exemplo a expansão dos instrumentos de comunicação, em termos de atingirem o maior número possível de pessoas.

A questão dos limites é assim uma questão técnico-científica, a debater sem qualquer tipo de paixão. Há que encontrar o equilíbrio certo entre a remuneração atribuída ao criador intelectual (e hoje, com intensidade até superior, também o estímulo às indústrias de *copyright*) e os interesses que são especificados pela restrição, embora temporária, da liberdade de utilização de bens culturais.

É este problema técnico que nos propomos abordar, por referência ao *fair use*.

⁵⁵ Isto é particularmente sensível no Brasil, em que a Constituição Federal tão insistentemente sublinha, nomeadamente quando refere os direitos intelectuais, o princípio da função social. Cfr. sobre esta matéria o nosso *Direito Intelectual, exclusivo e liberdade*, in Rev. Ordem Advogados (Lisboa), ano 61-III, Dez/01, 1195-1217; e in Revista da ABPI (São Paulo), n.º 59, Jul/Ago 2002, 40-49.

2 MODOS TÉCNICOS DE LIMITAÇÃO DOS DIREITOS

Além de armadilhada, a questão dos limites está obscura. Apresentam-se como limites facultades que são alheias ao direito de autor. Tudo o que está fora do conteúdo de atribuição do direito não é um limite, é uma matéria estranha ao direito de autor⁵⁶.

Aliás, haveria que começar por distinguir os limites *extrínsecos* e os *intrínsecos*. Os limites extrínsecos são aqueles que resultam da necessidade de composição com outros direitos.

Dentro dos limites extrínsecos revestem ainda particular significado os que resultam da colisão do conteúdo do Direito Intelectual com outros ramos do Direito. Estarão em causa particularmente os conflitos com o Direito da Concorrência, o Direito da Informação e o Direito do Consumidor. Mas teremos oportunidade de retomar este tema mais tarde. Só os limites intrínsecos, que traduzem trechos do conteúdo do próprio direito de autor, nos interessam agora.

O *fair use* respeita aos limites intrínsecos. Interessa-nos saber quais são e como se demarcam as restrições que pertencem ao próprio conteúdo do direito.

⁵⁶ Assim, o art. 5/3 *k* da recente Directriz da Comunidade Europeia n.º 01/29, de 22 de Maio, sobre aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, admite como limite a utilização para fins de caricatura, de paródia e de *pastiche*. Mas na realidade não há sequer um limite, porque a matéria está fora da abrangência do direito de autor. Há uma livre utilização, que é figura diferente, e que é emanção da liberdade de criação intelectual de todos nós. Cfr. sobre esta matéria André Lucas/H. J. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 2.^a ed., Litec (Paris), 2001, n.º 343. Do mesmo modo, quando o art. 8 da Lei brasileira n.º 9610, de 19.02.98, exclui as ideias e outras realidades do objecto de protecção do direito, não estabelece limites, mas exclusões do âmbito.

Há dois modos básicos de exprimir os limites dos direitos autorais⁵⁷:

- mediante uma cláusula geral
- mediante uma especificação de figuras restritivas.

São possíveis orientações mistas. A enumeração de restrições pode ser completada por uma cláusula geral⁵⁸.

A cláusula do *fair use* é uma típica cláusula geral, de carácter valorativo. As condutas por ela qualificadas não são consideradas infracção do direito autoral.

Mas o recurso a uma cláusula geral pode desempenhar ainda funções muito distintas, consoante a incidência desta for positiva ou negativa.

É positiva se dá a matéria da actuação livre ou permitida, por não ser violadora do direito de autor.

É negativa, quando o seu sentido é o de restringir os limites permitidos, mantendo-os dentro do quadro da tolerabilidade.

Procuremos imediatamente uma concretização. Seja o caso do art. 10 do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor. Permite limitações ou exceções aos direitos concedidos naquele Tratado ou na Convenção de Berna, em “certos casos especiais que não atinjam a exploração normal da obra nem causem um

⁵⁷ Abrangemos na expressão o direito de autor e os direitos conexos, mas são os primeiros que nos ocuparão primariamente. Pelo contrário, não nos interessa o *fair use* relativo a outros direitos intelectuais, como os direitos industriais.

⁵⁸ Ou pela inversa, a cláusula geral ser completada por especificações exemplificativas de limites.

prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor”. Esta fórmula é correntemente designada como a “regra dos três passos”.

Há que interpretar esta previsão. A primeira pergunta é: representa uma restrição à emanção de normas? Ou comanda a aplicação no caso concreto?

Na primeira hipótese, a restrição teria carácter generalizador: a referência ao caso especial significaria que se deveriam demarcar um por um os tipos em que fosse admissível a restrição. Assim surgiria o limite da citação, das utilizações em benefício de deficientes físicos, das reproduções para fins de crítica...

No segundo entendimento, a fórmula teria carácter individualizador. Referir-se-ia ao momento da aplicação e determinaria se uma concreta restrição seria compatível com aqueles parâmetros.

Que entendimento preferir?

Na realidade, não há que estabelecer nenhum dilema. O preceito é compatível com qualquer entendimento. Como vinculação internacional de grande generalidade, não pretende impor aos países uma solução técnico-jurídica única. Há várias maneiras de satisfazer aquela orientação.

E efectivamente, verificamos que neste domínio os sistemas jurídicos se separam. O sistema europeu, particularmente o continental, mostra a preferência por uma tipificação, tendencialmente exaustiva, das cláusulas admissíveis. O sistema norte-americano é dominado pela cláusula geral valorativa do *fair use*⁵⁹.

⁵⁹ Diversamente, Herman Cohen Jehoram, *Some principles of exceptions to copyright*, in *Urheberrecht Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf*

Começaremos por caracterizar brevemente os sistemas de tipo romanístico, que surgem por derivação do sistema europeu continental. Passamos depois ao sistema do *fair use*, que é o que particularmente nos ocupará.

3 OS SISTEMAS ROMANÍSTICOS

Os sistemas romanísticos manifestam a tendência de fixar uma lista das exceções admissíveis.

Este fenómeno teve recentemente uma manifestação máxima na Directriz da Comunidade Europeia n.º 01/29, de 32 de Maio, sobre aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

O art. 5 desta traça uma lista, longa mas pretensamente exaustiva, dos limites admissíveis. Praticamente todos os limites aos direitos ficam assim congelados; mas a lista é de recepção facultativa (o que aliás é contraditório com a finalidade de harmonização afirmada)⁶⁰.

Curiosamente, o preceito termina com uma n.º 5, em que se reproduz a cláusula limitativa dos Tratados da OMPI: as

Dietz zum 65. Geburtstag, C. H. Beck (Munique), 2001, 381-388, considera (384-385) que a doutrina do *fair use* é incompatível com a certeza legal que a restrição a “casos especiais” implica. Não é porém inteiramente coincidente André Lucas, *Le “triple test” de l’article 13 de l’Accord ADPIC*, na mesma *Festschrift*, 422-433, dedicado à análise do Relatório do Grupo Especial da OMC “Estados Unidos – Art. 110/5 da Lei sobre o direito de autor”, que parece contentar-se (430) com a circunstância de a restrição prosseguir um “objectivo especial”.

⁶⁰ Salvo no que respeita à previsão do art. 5/1. A lista é também “pretensamente” exaustiva porque, não obstante toda a rigidez que se quis imprimir, foi ainda necessário aditar no fim a previsão da admissão de casos de menor importância existentes já na legislação nacional (art. 5/3 o).

restrições só são aplicáveis em certos casos especiais, que não atinjam a exploração normal da obra nem causem um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

O que é paradoxal. Se se faz uma enumeração taxativa, como se vem depois dizer que as restrições só se aplicam em certos casos especiais? Quer dizer que as várias previsões ainda ficam restringidas no momento da aplicação, por só poderem ser aplicadas em casos especiais?

O mesmo diremos das exigências seguintes., da “exploração normal” e do “prejuízo injustificado”. Trazem uma dupla valoração subsequente, em que a regra do art. 10 do Tratado do Direito de Autor é aplicada em sentido claramente restritivo, e não positivo, como se fundasse uma cláusula geral. Mas como submeter ainda a esta valoração cláusulas típicas? Justamente, o enunciado restritivo dos tipos admitidos resultava já da consideração que estas figuras admitidas obedeceriam aos critérios gerais dos Tratados.

O sistema instituído, de enumeração taxativa + restrição valorativa, afigura-se contraditório. Países terceiros⁶¹ não têm nenhuma vantagem em o seguir. Antes, o que interessa é aproveitar o carácter valorativo da cláusula e aproximar-se dela para dar maior maleabilidade ao sistema.

É o que acontece no âmbito do *fair use*, que passamos a examinar.

⁶¹ O Brasil utiliza a fórmula do art. 9/2 da Convenção de Berna no art. 46 VIII da Lei n.º 9610, por referência à reprodução, que admite quando a reprodução não seja o objectivo principal da obra nova.

4 O FAIR USE

O sistema norte-americano teve como ponto de partida o *common law*. Implica uma apreciação de base equitativa, pela análise de todas as circunstâncias relevantes, de modo a apurar se aquele tipo de utilização por terceiros da obra é *fair*.

Tem o carácter de uma *defense*; diríamos que de uma *exceção*. Perante a acusação de estar violando o direito de autor, o utente pode defender-se demonstrando que o uso que faz da obra é *fair*.

Mas em 1976 o *copyright* passa a ser “estatutário”, pela integração no título 17 do United States Code. O *fair use* passa a ser o conteúdo da secção 107, em que se indicam exemplificativamente meios e fins que permitem que o uso não seja infracção do direito de autor. E indicam-se, exemplificativamente também, critérios que permitem concluir que aquele uso é *fair*⁶².

O fato de o instituto ter passado a ser legal faz-lhe perder a base na equidade? De fato, os critérios aplicáveis são cláusulas gerais: a aplicação duma cláusula geral, por mais individualizadora, não se confunde com o recurso à equidade, porque o critério desta é a Justiça. Mas as cláusulas gerais não são exaustivas, deixam espaço em aberto. Nesse espaço em aberto, é possível encontrar a manutenção do recurso à equidade como base, ao menos suplementar, do funcionamento do sistema.

⁶² Cfr. também Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra Editora, 2001, 534 nt. 937 e 518 e segs.. É crítico quanto ao eventual acolhimento da doutrina do *fair use* no sistema romanístico de Direito Carlos Rogel Vide, *De los límites a las infracciones del derecho de autor en España*, in “Estudios sobre Propiedad Intelectual”, J. M. Bosch, 1995, 137-154.

De fato, se não são taxativos, nem os modos de utilização, nem os fins admitidos, nem os critérios de valoração, sobra espaço para uma descoberta do que é *fair* que os ultrapasse; e isso supõe, ao menos em termos de *common law*, o recurso à equidade.

O *fair use* coloca-nos *no ponto de vista do utente*. Não se pergunta se a utilização está ou não abrangida pelo direito exclusivo, mas se aquele modo de utilização é *fair*. Isto está ínsito no carácter de *defense* que vimos que reveste. Mas implica também que é o utente quem tem o ónus da provar que o seu uso é *fair*.

A abertura valorativa do *fair use* permite admitir ainda como *fair* o uso de obras inéditas, desde que sujeito aos restantes critérios.

O *fair use* não se confunde com o *fair dealing* britânico. Este envolve também considerações de *fair use*, mas não representa uma cláusula geral e central que possa ser aplicada em todos os domínios. Desde 1911 evoluiu para especificações legislativas que fazem aproximar o sistema do do continente europeu. O uso privado não é motivo geral de exoneração, discutindo-se nomeadamente as faculdades de utilização para pesquisa e estudo privado⁶³.

Os critérios do *fair use* consagrados legislativamente na sec. 107 do título 17 do U.S.Code são:

1) *O propósito e natureza do uso, nomeadamente se é comercial ou para fins educativos não lucrativos*

⁶³ Cfr. W. R. Cornish, *Intellectual Property*, 3.^a ed., Sweet e Maxwell, 1996, 11.39 e segs.

Mas repare-se que este afloramento não é taxativo, porque entram em conta outras ponderações e nenhum critério tem vigor de aplicação automática.

De todo o modo, a natureza comercial do uso é um indicador negativo, uma vez que o direito de autor se cifra economicamente num exclusivo de exploração da obra.

2) *natureza da obra*

É de supor que nas obras mais fácticas o âmbito da utilização *fair* seja maior que nas obras mais imaginativas.

3) *A quantidade e qualidade da utilização relativamente à obra global*

Por exemplo, até as citações podem ser postas em causa, se forem de tal modo longas e repetidas que acabem por representar praticamente uma apropriação do conjunto da obra.

4) *A incidência da utilização sobre o mercado atual ou potencial da obra.*

Este é apresentado por alguns como o mais relevante de todos os critérios.

Qualquer que seja a sua importância, porém, é sempre um critério entre outros. É um dos elementos de valoração, de que resultará um juízo global. Esta é uma manifestação da maleabilidade do instituto.

O sistema norte-americano do *fair use* não é um puro sistema de cláusula geral. Esta é completada por especificações positivas e por directrizes (*guidelines*).

As *especificações positivas* constam das secções 108 e seguintes do mesmo título 17 do U.S.C.. Foram completadas também por diplomas posteriores, como o Digital Millenium Copyright Act.

Por exemplo, é um ponto muito importante o que respeita à possibilidade de reprodução de obras por bibliotecas e arquivos. É objecto da sec. 108. Como é próprio da legislação anglo-americana desce-se agora a um grande pormenor, discriminando o que se pode e o que se não pode fazer.

Neste domínio, a especificação afasta a aplicação da cláusula geral. O sistema torna-se assim misto: é composto por um critério valorativo e por especificações positivas. Estas tendem a aumentar, como resposta a novos problemas.

Mas com isto a cláusula geral do *fair use* não perde o seu significado autónomo. Ela continua a ser a fonte de soluções nos domínios não especificamente regulados, que são muito vastos. A cláusula alimenta por si o sistema jurídico, através da via privilegiada que é a jurisprudência.

Por outro lado há ainda as *Guidelines*, relativas sobretudo a domínios como os das bibliotecas e da educação.

Isto está ligado à índole das fontes no sistema norte-americano, que desnorteia por vezes os juristas provenientes de outras ordens jurídicas. As fontes oficiais são completadas por orientações ou directrizes particulares, digamos assim, mas emitidas de maneira que passam a ter um peso muito particular na modelação da ordem jurídica. Poderíamos qualificá-las como oficiosas.

Foi particularmente importante a *Conference on Fair Use* (CONFU), cujo relatório final foi apresentado em 1998 pelo

Comissário Geral, Bruce Lehman, Presidente do Grupo de Trabalho sobre direitos de Propriedade Intelectual da Infraestrutura da Sociedade da Informação. A finalidade dos trabalhos foi sobretudo a de concretizar, disciplinando, a aplicação do *fair use* no ambiente digital, com incidência especial no domínio da utilização de obras intelectuais por bibliotecas e entidades de educação. Reconhece-se que a sociedade da informação oferece inúmeras oportunidades para o *fair use* de obras.

Os resultados obtidos foram desiguais em relação aos vários temas agendados. As directrizes que foram assumidas como resultantes da conferência foram objecto de um preâmbulo⁶⁴, podendo ficar sujeitas a um período experimental. Como é próprio das regulações anglo-americanas, são levadas a uma pormenorização extrema, sendo muito longas.

Assim, a proposta *Directriz sobre ensino à distância*, depois do preâmbulo e da descrição da situação normativa vigente, determina a aplicabilidade às obras licitamente adquiridas mas exclui a distribuição assíncrona em rede para ensino à distância. A Directriz aplica-se a instituições de ensino de fins não lucrativos de todos os níveis, mas só em benefício de estudantes oficialmente inscritos nelas. A recepção deve ser feita em sala de aula ou outro lugar controlado pela instituição. Há um limite da gravação ou cópia a 15 dias de aula. Quer dizer, há em tudo uma muito minuciosa discriminação do que é ou não é permitido.

Com todas as suas características, embora exóticas para juristas doutra formação, as directrizes, as propostas e a discussão travada dão contributos muito válidas para o escl-

⁶⁴ Que é idêntico em todas as *Guidelines*.

recimento do sistema norte-americano, integrando-o e concretizando a cláusula do *fair use*.

5 O CONFRONTO DOS SISTEMAS

Procedamos rapidamente a um confronto dos sistemas: o norte-americano do *fair use*, e o romanístico, tal como se desenvolve particularmente na Comunidade Europeia.

Começemos por observar que os *méritos*, que logo a uma primeira vista se apresentam, são simultaneamente a causa dos *deméritos* respectivos.

O sistema norte-americano é maleável, enquanto o sistema europeu é preciso. Mas, visto pela negativa, o sistema norte-americano é impreciso, enquanto o sistema europeu é rígido. O sistema norte-americano não dá segurança prévia sobre o que pode ou não ser considerado *fair use*. O sistema europeu, pelo contrário, mostra falta de capacidade de adaptação.

Mas, sopesando méritos e deméritos, permitimo-nos concluir pela superioridade do sistema norte-americano. Além de não ser contraditório como o europeu, mantém a capacidade de adaptação a novas circunstâncias, em tempo de tão rápida evolução. Pelo contrário, os sistemas autorais europeus tornaram-se organismos mortos. Os Estados perderam a capacidade de criar novos limites, e com isso de se adaptar aos desafios emergentes; já dissemos que os limites são constitutivos do conteúdo dos direitos. Só pode haver criação a nível central, no pesadíssimo procedimento de Bruxelas.

Um critério valorativo, corrigido pelas especificações legislativas em casos duvidosos, permite pelo contrário a apreciação de cada circunstância, e portanto a adesão constante à

realidade. E a colocação no ponto de vista do utente representa a nosso ver uma grande superioridade sobre a colocação no ponto de vista do exclusivo.

Há outro aspecto, pouco considerado até agora, que é o que respeita à *autonomia privada*.

Os limites ao direito de autor podem ser afastados por acordo das partes? Isto reduziria certamente a protecção da parte normalmente mais fraca, que é o utente dos direitos intelectuais.

Creio que, no sistema norte-americano, não há nada que restrinja neste domínio a autonomia negocial. Pode por isso acordar-se na exclusão do que resultaria da aplicação do critério geral do *fair use*, ou de alguma das especificações legais.

O Direito romanístico vai num sentido diverso de evolução.

É verdade que na Directriz sobre direito de autor e direitos conexos os limites admitidos são todos previstos como meramente facultativos, salvo o que respeita ao previsto no art. 5/1, sobre as modalidades de reprodução meramente tecnológica, que representa em todo o caso uma figura à parte. Os Estados adoptam-nos ou não, como entenderem.

Mas desponta a tendência de tornar os limites admitidos em cada país injuntivos. Surgiu em situações específicas, como na Directriz sobre programas de computador, no que respeita aos limites destinados a assegurar a interoperabilidade dos sistemas (art. 6/1 e 9/1, por exemplo); ou na directriz sobre bases de dados.

Com essa índole, os limites foram transpostos para as legislações internas. E talvez por contágio, a tendência será a de ir tornando os limites nacionais injuntivos também. Assim,

na Bélgica os limites foram genericamente declarados imperativos⁶⁵.

É natural que neste aspecto haja influência do Direito do Consumidor. O utente que é beneficiário dos limites frequentemente coincide com o consumidor: assim era, claramente, no respeitante aos programas de computador. Isso levou a tornar esses limites injuntivos. Por generalização, a natureza injuntiva passou a beneficiar o público em geral.

Parece conveniente pelo menos uma especificação de zonas em que os limites tenham um carácter injuntivo, para que a proclamação destes não represente afinal um logro, por serem facilmente afastados em detrimento da parte mais fraca.

6 OS CONTRANGIMENTOS NA INFORMÁTICA

O grande banco de ensaios, neste como noutros domínios, é hoje o da informática.

A informática, representando um novo meio para a utilização de obras intelectuais, deveria trazer, no ponto de vista jurídico, novas soluções. Ainda que as bases do direito de autor se mantivessem, seria necessário regular o que especialmente fosse imposto por este domínio novo. Assim se procede sempre, perante a emergência de inovações tecnológicas.

No domínio da informática, assiste-se a um grande debate, entre os que pretendiam a suficiência do direito de autor

⁶⁵ Cfr. Fernand de Visscher / Benoît Michaud, *Précis de Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Bruylant (Bruxelas), 2000, n.ºs 114, 115 e 167 (abrange mesmo os limites no domínio da comunicação ao público).

clássico e o que sustentavam a necessidade de fundar tudo a partir do zero.

Hoje podemos dizer que este estádio está ultrapassado. Venceu aparentemente a tese da manutenção do edifício fundamental do Direito de Autor. Mas sucedem-se as leis que regulam em particular os domínios informáticos. Afinal, a suficiência do edifício clássico não era tão grande assim, pois se tornou necessário legislar muito, e com progressivo afastamento do que os princípios estabelecidos impunham.

Esta tensão faz-se sentir profundamente na matéria dos limites. No que respeita à disciplina dos bens informáticos isolados, como os programas de computador, as bases de dados e as topografias dos produtos semicondutores, ainda se previram limites específicos. Mas quando se chega à disciplina das comunicações em rede – da Internet, se quisermos simplificar – *não há praticamente novos limites*. Tudo se passa como se esta profunda inovação fosse atingida tal qual pelas disposições existentes!

Mas isto é inadmissível. Se cada direito é o resultante de regras positivas e negativas, uma disciplina que só reforce o exclusivo, sem contrapartida para outros interesses, é uma disciplina unilateral. A via adequada à Internet está ainda por achar.

Também aqui, o sistema norte-americano está em muito melhor posição de partida. Não porque tenha avançado muito na especificação dos limites no domínio das comunicações em rede; mas porque a cláusula geral do *fair use* manifesta a sua maleabilidade, permitindo abranger mesmo domínios em que a lei silenciou. Na Europa, pelo contrário, se a lei cala, nada

se pode invocar. O sistema revela-se arcaico, pois é incapaz de responder a necessidades novas.

E todavia, os problemas são da maior gravidade. Basta-nos dar como exemplo o que se passa com os *dispositivos tecnológicos* de proteção de acesso ou de certas formas de utilização do direito autoral em sítios na Internet.

Os “dispositivos tecnológicos” tornam o acesso ou a utilização condicionados. Para os ultrapassar, haverá que satisfazer as condições estabelecidas – ou seja, para o que interessa, fazer o pagamento.

Assim, a utilização deixa de ser livre: o limite já não funciona. Para que o utente retome a sua liberdade, deveria ser-lhe reconhecida a possibilidade de usar meios técnicos que lhe permitissem contornar os dispositivos de protecção. Mas para isso seria necessário que a disciplina jurídica lho permitisse. Doutro modo, o meio técnico elimina em rede as restrições proclamadas por lei.

De novo há que distinguir a resposta norte-americana e a europeia.

Nos Estados Unidos poderá ser contornado o dispositivo que condiciona o acesso, mas não o relativo à reprodução.

Na Europa não se faz esta distinção. A questão é abordada na Directriz sobre direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação. O art. 6 acaba por admitir aquele contornamento ou circunvenção para certos objectivos, aliás num esquema que deixa as maiores dúvidas quanto à eficácia da aplicação futura.

Mas não o estende às outras restrições, que nem sequer são contempladas no art. 6. O que significa que os limites, tão

parcimoniosamente admitidos, são afinal subsequentemente de novo restringidos, arrastando consequências muito graves no ponto de vista cultural.

Basta pensar no que se passa com a *citação*. Digamos que esta é o primaz de todos os limites: tem uma profunda base na necessidade de assegurar o diálogo intelectual. E todavia, o art. 6 da Directriz n.º 01/29 não a contempla. Não é possível contornar os dispositivos de proteção para o efeito de fazer uma citação.

Assim, o autor que queira citar uma obra alheia; e mesmo que tenha satisfeito as condições de acesso a um sítio donde consta uma obra protegida; não a pode reproduzir, para efeito de citação, se está protegida por dispositivo tecnológico contra a reprodução.

Não é questão meramente abstracta. A *citação pode ser longa*⁶⁶: o que interessa é que seja justificada pela finalidade a atingir. Assim, numa polémica, poderá ser necessário reproduzir vários trechos da obra alheia, para ilustrar as posições contrárias que se defendem. Mas se não é possível reproduzir, como fazer? Só copiando à mão? Ou então terá de se pagar para reproduzir? Mas então o direito de citação deixou de ser livre. Mais um golpe, e profundo, na fluidez do diálogo social.

Neste ponto, no que cremos, os vários sistemas estão em posição semelhante. Quer na América quer na Europa se encontra este obstáculo à reprodução. O que significa que é ainda necessário avançar muito, para encontrar o verdadeiro

⁶⁶ Recorde-se que na revisão da Convenção de Berna de 1967 foi eliminada a exigência que a citação fosse *curta*: confronte-se o art. 10/1.

ponto de equilíbrio exigido pelos novos processos tecnológicos de comunicação.

7 REMENDO NOVO EM PANO VELHO

É possível que em toda esta evolução se esteja afrontando a anomalia de colocar remendo novo em tecido velho.

A informática inova demasiado as técnicas de exploração para que não se tenha de concluir que o corpo do direito de autor carece de algo mais que meras adaptações.

No campo dos limites, é muito significativo o que se passa com o *uso privado*. Tecnicamente falando, o uso privado era mais que um limite ao direito autoral: era matéria estranha a este. O direito autoral outorgava um exclusivo de exploração económica da obra na esfera pública. A esfera privada era simplesmente considerada uma zona livre.

Mas a informática subverteu este estado de coisas. A integração dos programas de computador no seio das obras intelectuais trouxe consigo a restrição do uso privado também. Como a utilização típica do programa de computador se faz através do uso privado, foi necessário reservar também este ao titular do direito. Com isto caiu um dos pilares fundamentais do direito autoral.

Busca-se agora penosamente um novo equilíbrio. Seja o caso do *time shifting*. Pode alguém gravar um conteúdo para poder depois vê-lo ou ouvi-lo num horário mais conveniente. Procedendo assim, faz uso privado. Mas será permitido, em termos de direito autoral?

Também aqui, o direito norte-americano demonstrou a sua maleabilidade. Independentemente de previsão legal, os tribunais chegaram à conclusão da admissibilidade, por aplicação da doutrina do *fair use*. Temos o importante caso *Sony*. Pesou o carácter não lucrativo da utilização. Esta orientação tem potencialidades de se estender a vários tipos de utilizações em linha.

Na Europa não havia esta maleabilidade. Foi a lei do Reino Unido quem introduzir a regra permissiva. Hoje haverá em princípio que considerar o *time shifting* admitido genericamente. Mas só por efeito de permissão específica, e não por aplicação de princípios gerais.

Fora dos domínios regulados, continua a polémica sobre a admissibilidade do uso privado. Diríamos que representaria uma possibilidade geral, fora do domínio informático. Mas verifica-se a tendência para aplicar a regra dos três passos. Haverá então que perguntar se um tipo de utilização informática atinge a exploração normal da obra ou causa um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do titular do direito.

A apreciação é difícil. *Um* acto de uso privado não tem esta consequência. Mas a acumulação de actos, ainda que cada um seja efectivamente justificado pelo uso privado? Pode ter efectivamente significado económico. Isso é muito importante em caso de armazenagem de conteúdos disponíveis em rede.

A posição das ordens jurídicas volta a divergir. Algumas tomam uma posição muito restritiva. A regra dos três passos, tal como entendida, levaria a atribuir significado económico, e portanto a considerar o uso privado proibido, ou restringido. Pelo contrário, o sistema norte-americano mostra de novo maior maleabilidade, pois a incidência sobre a exploração eco-

nómica da obra é apenas um dos critérios a ser tomado em conta, e portanto evita posições radicais e permite valorar o caso concreto.

Teríamos assim que nestes países se *presume a relevância económica* do uso privado. Avançando por este caminho, a Comunidade Europeia, na referida directriz sobre direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação, permite as reproduções fotográficas ou análogas (art. 5/2 *a*) e as reproduções para uso privado de uma pessoa física para fins não comerciais, directa ou indirectamente (art. 5/2 *b*); mas em ambos os casos impõe a contrapartida de uma compensação equitativa para os titulares. Isto significa que, em vez de uma utilização livre, passou a haver um direito a remuneração do titular do direito autoral. O campo de liberdade estreitou-se consideravelmente.

A preocupação de restringir os modos de uso privado acaba por se mostrar adversa da própria evolução tecnológica. Na Alemanha tem o precedente espantoso de os tribunais terem declarado ilícita a máquina de fotocopiar, porque permitia a violação do direito autoral! Mais uma vez, a posição norte-americana revelou maior sensibilidade, permitindo um melhor aproveitamento social dos meios tecnológicos.

O caminho que se toma, ao levar à restrição das potencialidades de aproveitamento pela sociedade dos meios tecnológicos, é muito perigoso. Faz aparecer aos olhos de muitos o Direito Autoral como um inimigo da sociedade da informação. E com isto surgem doutrinas que pretendem que o ciberespaço seja um espaço livre de direito; ou que pretendem que se abandone à técnica a solução dos conflitos.

A reacção é igualmente errada, porque sem o direito, como regulador social, nada se resolve. Mas a questão está viva. Na Comunidade *Económica* Europeia, a marca económica é claramente preponderante, depreciando os outros fatores que deveriam intervir. Mas mesmo nos Estados Unidos da América, cuja posição de base consideramos muito superior, os problemas estão candentes, perante uma demasiado lenta adaptação da ordem jurídica às necessidades sociais. Por isso, um jurista da envergadura de Raymond Nimmer advertiu para a urgência de enfrentar o problema: para evitar, diz, que de outro modo se criem tensões que poderão ter consequências imprevisíveis⁶⁷.

Por isso há que evitar a tentação de deitar remendos em pano velho. Estamos perante meios tecnológicos novos e espantosos, donde se poderão tirar vantagens sociais muito grandes. É necessário com grande equilíbrio criar um quadro jurídico em que se contemplem todos os interesses. Isso presuppõe a descoberta dos limites adequados à nova tecnologia. Se, pelo contrário, não só se não criam novos limites como ainda se restringem os antigos, há o perigo de o remendo não ser suportado e se estragar o pano todo.

8 A INTERVENÇÃO DE OUTROS RAMOS DO DIREITO EM COLISÃO COM O DIREITO AUTORAL

A ordem jurídica, como corpo vivo, encontra constantemente meios de reacção contra situações desfavoráveis.

⁶⁷ Raymond T. Nimmer, *Napster and the "New" Old Copyright*, Cri 2/2001, 46-49 (46).

Assim se passa também neste domínio. Nas ordens romanísticas, a escassez e estreiteza das previsões legais, portanto dos limites intrínsecos, tende a ser compensada por um recurso cada vez mais acentuado aos limites extrínsecos. Isso é particularmente visível no respeitante à intervenção de outros ramos do Direito no âmbito do exclusivo outorgado pelo Direito Autoral.

Dissemos já que o conflito com outros ramos do Direito se dá particularmente no que respeita ao Direito:

- da Concorrência
- da Informação
- do Consumidor.

Não é uma enumeração exaustiva. A questão pode colocar-se relativamente a vários outros ramos do Direito. Assim será no caso dos *direitos humanos*. A *Court of Appeal* advertiu expressamente que poderiam ser necessárias novas restrições dos direitos exclusivos para proteção de direitos humanos.

Restringindo-nos porém aos ramos enunciados, observamos que de todos eles se retiraram já consequências sobre o Direito Autoral.

No que concerne ao Direito da Concorrência, a Comunidade Europeia tem uma longa história, no sentido de conjugação da finalidade primária, de defesa da livre concorrência, com o exclusivo assegurado pelos direitos intelectuais⁶⁸.

⁶⁸ Em recente conferência internacional realizada em Santiago de Compostela, de 16 a 18 de Junho de 2002, Bo Vesterdorf, *European copyright revisited*, observou que o incremento da proteção comunitária cria provavelmente tensões com a política prosseguida no Direito Comuni-

Nos tempos recentes, foi particularmente significativo o caso Magill, em que a invocação de direito de autor foi afastada por consideração de abuso de posição dominante. Estava em causa a publicação de guias de programação da televisão. A BBC, dentro da lógica do *copyright*, que se baseia na faculdade de reprodução, opunha-se com base no seu direito exclusivo. Este ponto não foi rejeitado, mas o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias considerou que a proibição excedia o que era necessário para assegurar a proteção do direito de autor, e com isso incorria num abuso de posição dominante⁶⁹.

A intervenção do Direito do Consumidor faz-se sentir em vários domínios. Mas no que respeita à comunicação em rede tem um campo de aplicação muito importante, que só inicialmente está ainda a ser explorado. Respeita às *cláusulas contratuais gerais* estabelecidas pelos prestadores intermediários de serviços e pelos titulares dos sítios.

As condições gerais estabelecidas por estas entidades para a utilização dos serviços e para o comércio electrónico são tipicamente cláusulas contratuais gerais. Como todas as cláusulas contratuais gerais, podem ter conteúdo abusivo, ou ser ilícitas por outra razão. Devem ser por isso objecto de um controlo, como quaisquer outras cláusulas. Com isto se pode atingir o absolutismo do direito autoral, se as cláusulas de utilização estabelecidas forem de rejeitar pelo seu conteúdo.

É ainda muito significativo o que respeita ao Direito da Informação. É escusado acentuar a relevância deste, justamente no domínio da Sociedade da Informação. E todavia, certas práticas podem pôr em causa esta liberdade fundamental.

tário da Concorrência e particularmente com o art. 82 do Tratado.

⁶⁹ Acórdão de 6 de Abril de 1995.

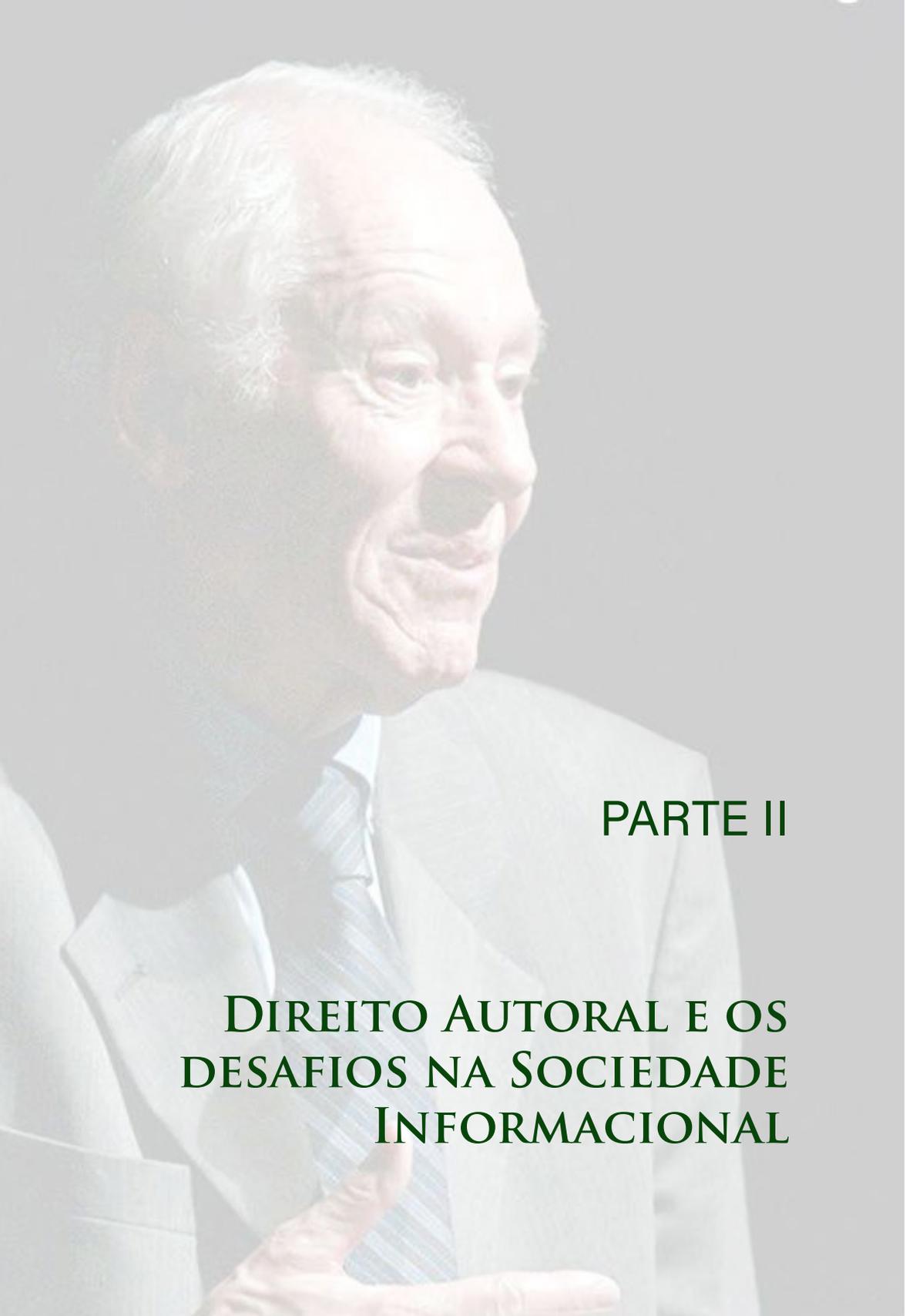
Um caso recente decidido pelo Tribunal de Paris é importante. Realizou-se uma exposição de quadros. Uma estação de televisão deu a notícia, focando vários quadros. Os titulares invocaram violação do direito de comunicação ao público.

O Tribunal, embora tivesse acolhido a pretensão, não deixou de acentuar expressamente que o direito de autor tem limites, nomeadamente os derivados do direito à informação. Mas considerou que tinham sido excedidos no caso concreto.

É muito significativo. A ordem jurídica francesa é a mais unilateral na proteção ao direito “absoluto” do autor. O reconhecimento que, além dos limites intrínsecos, há que contar com os que são trazidos por outros ramos do Direito abre novas vias na demarcação do conteúdo dos direitos autorais.

De tudo resulta que estamos perante uma matéria em plena ebulição. Confrontámos sobretudo o sistema europeu e o norte-americano. A todos interessa este confronto, nomeadamente pelo contributo muito importante que o *fair use*, não obstante a diversidade do sistema de direito em que se integra, pode trazer ao aperfeiçoamento do nosso sistema. A posição de partida é muito superior, porque permite manter vivo o corpo do Direito Autoral, satisfazendo simultaneamente os objectivos culturais e outros que estão indelevelmente na sua origem.

Os Tratados da OMPI desempenham um papel muito importante neste domínio. Têm a vantagem de não pertencer a nenhum campo: presidem a ambos. Haverá que manter a abertura do sistema, fugindo à tentação de empolar sempre mais o campo do exclusivo. O Direito Autoral não é uma via de sentido único. É um direito de todos, que por regras positivas e negativas concilia todos numa perspectiva de interesse geral.



PARTE II

**DIREITO AUTORAL E OS
DESAFIOS NA SOCIEDADE
INFORMACIONAL**

O DIREITO INTELECTUAL EM METAMORFOSE⁷⁰

SUMÁRIO

1. Os primórdios e o progresso da desmaterialização; **2.** O primado do interesse público; **3.** O discurso legitimador; **4.** Os atributos pessoais (ou “morais”); **5.** Os prenúncios da mudança; **6.** O significado da proteção dos programas de computador; **7.** A forma ditada pela função; **8.** À proteção do investimento; **9.** A transformação do direito de autor em mercadoria; **10.** O ocaso dos direitos “morais”; **11.** A incidência crescente do direito sobre o suporte material; **12.** A assimilação de todos os direitos intelectuais; **13.** A efectividade acrescida e a sanção penal; **14.** A proteção autoral de posições na Internet; **15.** A relação com o Direito da Informática; **16.** Graves problemas de fronteiras; **17.** Globalização e interesse público; **18.** O Direito da Proteção da Inovação; **19.** O ajuizar da evolução.

1 OS PRIMÓRDIOS E O PROGRESSO DA DESMATERIALIZAÇÃO

Associa-se frequentemente, e com razão, a evolução do Direito Intelectual ao desenvolvimento tecnológico. Mas há

⁷⁰ Artigo de José Oliveira Ascensão originalmente publicado sob o título O Direito intelectual em metamorfose. *Revista de Direito Autoral*, ano II, n. IV, p. 12, fev. 2006

que não esquecer outro fator igualmente importante, que é o incremento da abstracção nas sociedades contemporâneas.

O recurso crescente a categorias abstractas, mesmo no mundo do Direito, é o resultado de longa evolução histórica. Os romanos, embora geniais juristas, não chegaram a institutos hoje tão correntes como a representação nos negócios jurídicos, o direito subjectivo, a transmissão de obrigações...

O desenvolvimento da abstracção fez-se paulatinamente, mas acelerou nos tempos mais recentes. Hoje trabalhamos habitualmente com realidades virtuais; por vezes até com realidades virtuais de 2º grau, como os derivados de bolsa, que podem recair sobre meros índices ou valores mobiliários virtuais.

Por isso é tão importante a formação dos juristas, como pessoas capazes de trabalhar com realidades sem nenhum apoio sensorial, para lá das manifestações primárias dos interesses em jogo e até da formulação das disposições legais.

O Direito Intelectual é prototípico deste movimento, que permite passar da materialidade do livro ou do quadro à imaterialidade da obra “literária ou artística como tal. Estamos nos finais do séc. XVIII / princípios do séc. XIX, na altura em que se consolidam abstracções como as pessoas jurídicas e a pandectística lança essa abstracção que é a Parte Geral do Direito Civil.

Desenha-se então a construção dum direito de autor centrado na obra como bem imaterial. De começo, a noção era tosca e restrita às manifestações literárias. Atingiu a sua maturidade com a doutrina germânica do direito de autor como emanção da criatividade individual, na transição do séc. XIX para o séc. XX. Chega-se deste modo à visão deste direito como entidade liberta do lastro corpóreo de suas eventuais concreti-

zações, que irradia depois para os restantes países do sistema romanístico.

A evolução não é tão nítida no sistema de copyright. Este não assenta no criador, mas no objecto; e tem como núcleo um direito de reprodução, o que apela mais para a materialidade.

Permaneceram em todo o caso certos resquícios do passado. A esta luz é muito elucidativa a leitura do art. 2 da Convenção de Berna. Aí, enunciam-se como obras literárias “os livros, brochuras e outros escritos”. Não houve capacidade para superar esta referência materializadora: em vez de obras literárias, designam-se os suportes em que estas possam estar incorporadas.

2 O PRIMADO DO INTERESSE PÚBLICO

O Direito de Autor plasmou-se prevalentemente, desde o início, na forma de outorga de direitos exclusivos ao titular, em relação à obra; em paralelo com o que ocorreu no Direito Industrial, em relação aos bens a que deste são objecto.

Houve uma consciência muito nítida que a atribuição de direitos exclusivos implicava uma restrição da liberdade dos outros. O fundamento foi encontrado numa razão de interesse público: as restrições deveriam ser temporárias, e justificavam-se por a atribuição dos direitos, recompensando o autor, estimular a criatividade. Passado o período normal de protecção, dar-se-ia a queda no domínio público.

Isso implicava um predomínio do interesse público em relação “aos interesses privados. A extensão da protecção não

era ditada por estes, mas pelo benefício público decorrente da outorga temporária do exclusivo.

Por isso, o direito de autor é visto como um complexo harmónico, em que regras atributivas coexistem com restrições. Os limites do direito de autor não são tomados como exceções, mas como a via da satisfação simultânea de interesses individuais e da comunidade. Nomeadamente, eles impedem as consequências mais nefastas da monopolização e permitem as formas de desfrute social compatíveis com o exclusivo atribuído.

Talvez esta orientação não seja em nenhum lugar tão visível como, justamente, nos países de direito anglo-americano. Nos Estados Unidos da América há desde logo a disposição constitucional que prevê a atribuição aos autores de direitos limitados sobre as suas obras para promover o incremento das ciências e das artes. Isto leva a negar em geral qualquer tipo de direito natural do autor e a encontrar um fundamento primário de interesse público.⁷¹ Dentro destes limites, o interesse dos autores coincidiria com o interesse público.

Também Lawrence Lessig acentua fortemente a ideia de *commons*⁷² (ou domínio público) e recorda a afirmação do Juiz do Tribunal Supremo Joseph Story, segundo a qual o direito de autor “é benéfico (...) para os autores e inventores (...) e para o público, para promover o progresso das ciências e das artes e permitir afinal ao público, após um curto intervalo, a plena posse e gozo de todos os escritos e invenções, sem restri-

⁷¹ Cfr. Gillian Davies, *Copyright and the Public Interest*, HC Studies, VCH, Weinheim / Nova Iorque, 1994, nomeadamente a pp. 54, 57, 58, 60 e 68.

⁷² Code and the Commons, conferência pronunciada na Fordham Law School em 9.II.99.

ção”. Mas acrescenta que isso se não obtém contra a propriedade, mas com a propriedade. A questão não é se é propriedade ou não, mas como combinar propriedade e *commons*.⁷³

3 O DISCURSO LEGITIMADOR

Sobre esta base se fundou o discurso legitimador do direito de autor, em termos que chegam até aos dias de hoje. O direito de autor representa uma recompensa ao autor, pelo contributo trazido, e com isto um incentivo à criação literária, artística e científica, quer desse autor quer dos restantes.

Este discurso legitimador, assente no estímulo da criatividade mediante o exclusivo atribuído, coloca necessariamente o autor em primeiro plano. A criação realizada por este constitui um benefício social, que deve ser recompensado e estimulado.

Isto implica também que a criatividade represente o requisito essencial para que a obra seja protegida. Só a obra criativa merece estímulo e protecção, porque só ela justifica a restrição de liberdade que à sociedade é imposta.

O Direito de Autor clássico reforçou a exigência de um nível de criatividade como condicionante da protecção a atribuir. A obra deveria exprimir a individualidade do autor. Produções banais ou repetitivas, que não oferecessem interesse para a comunidade, não seriam protegidas. Aliás, dificilmente se poderiam chamar até criações, porque nada acrescentariam às representações sociais.

⁷³ Open Code and Open Societies, Tutzing (Alemanha), 1.VI.00, pp. 5-6.

O discurso legitimador envolvia assim também uma consideração de ordem cultural. A obra era protegida porque representava um enriquecimento cultural da comunidade. Isto contribuía para tornar aceitável o exclusivo, com a inerente limitação do espaço de liberdade, que era imposto aos restantes em contrapartida da outorga do direito.

Em todo o caso, este sublinhar do momento da criatividade não se afirmou de igual modo em todas as ordens jurídicas. Aqui, é o sistema anglo-americano que se mostra mais reticente em avançar por esta personalização do direito.

A visão anglo-americana sempre diferiu da romanística: o copyright, como o nome indica, é o direito de cópia. Parte do objecto e protege-o contra a cópia, reservando ao titular um valor que se tutela simplesmente porque pode ser cobijado por terceiros.

O sistema romanístico, pelo contrário, parte do autor. Porque este trouxe uma contribuição individualizada, deve ser protegido. A tutela da obra é um corolário da protecção do autor.

Isto nos força à verificação de que coexistem afinal dois sistemas hásicos. que resolvem o mesmo problema sem se confundirem nas linhas de solução. O anglo-americano, pragmático, centra-se no produ- “romanístico, mais arrimado em princípios, centra-se no criador.

4 OS ATRIBUTOS PESSOAIS (OU “MORAIS”)

Neste caso, se a pessoa do autor ocupava o primeiro plano, natural era que se desenvolvesse a ideia de que essa protecção envolvia também aspectos pessoais.

Paradoxalmente, este aspecto não se tornou visível de início, porque se procurava em sucedâneo dos antigos privilégios. Só surgiu no dobrar do séc. XIX para o séc. XX. Para permitir a expansão das prerrogativas do autor em aspectos não previstos por lei, passou a falar-se de direitos morais do autor.

À sorte desta perspectiva não foi coincidente. Na ordem jurídica francesa deu-se um empolamento. Afirmou-se um direito moral, contra-posto ao direito patrimonial. Esse direito seria perpétuo. Permitiria ao autor o controlo de inúmeras utilizações, superando mesmo as vinculações negociais que tivessem sido assumidas.

No pólo oposto estão as ordens jurídicas anglo-americanas. É certo que no Reino Unido o Copyright, Designs and Patents Bill de 1988 previu nos arts. 76 a 88 alguns moral rights. Mas estes direitos são renunciáveis, ao contrário do que se passa na generalidade dos países. De fato, a Convenção de Berna, no art. 6 bis, não impõe a irrenunciabilidade destes direitos. O Reino Unido não está assim em infracção.

Diferente é a situação nos Estados Unidos da América. Apesar da adesão deste país à Convenção de Berna, a lei interna não foi alterada para passar a prever direitos pessoais. Argumenta-se que vários institutos da lei interna conduziram a resultado semelhante; mas a justificação não parece aceitável.

Outra abordagem é a da lei alemã e dos países germânicos em geral. Não se autonomiza um “direito moral”. Há um único direito de autor, que contém faculdades simultaneamente pessoais e patrimoniais.

Esta nos parece a melhor solução. Muitos direitos subjetivos integram faculdades pessoais e patrimoniais, sem que isso

torne necessário autonomizar um direito pessoal. O mesmo deverá acontecer aqui, não quebrando a unidade do direito de autor.

A solução francesa, além de uma absurda perpetuidade, traz o perigo da deturpação dos fins do “direito moral”, levando-o a exercer-se em sectores em que nenhuma consideração ética está em causa. Torna-se uma espécie de segundo direito patrimonial de autor. Representa um perigo para o aproveitamento normal dos direitos por terceiros. Este exagero explica em parte os receios dos norte-americanos em acolhê-lo.

5 OS PRENÚNCIOS DA MUDANÇA

É este o desenho, a grandes pinceladas, do que podemos chamar o direito de autor clássico.

É fundamentalmente assim que se chega à Conferência Diplomática de Estocolmo de revisão da Convenção de Berna de 1967; prolongada depois na Conferência Diplomática de Paris de 1971.

Mas podemos dizer que se notavam já alguns sinais de mudança.

E verdade que o discurso legitimador se mantinha integralmente o mesmo — a proteção da criatividade, para estímulo e recompensa do autor.

Mas os fatos iam se afastando sucessivamente, cedendo perante a pressão das indústrias e da cultura de consumo. Já não era só o mérito ou a individualidade que eram depreciados, era todo o rasto de criação que se ia apagando.

Podemos falar de uma vitória do *copyright*. O direito de autor encetara já a caminhada para ser o protector das indús-

trias de copyright, muito mais que da criação pessoal que trouxesse contributo à cultura. Deste modo, quase em silêncio, o objecto ganha prevalência sobre o criador. É o esquema anglo-americano.

Por outro lado, surgem novos concorrentes à protecção por um direito autoral, além dos autores.

A Convenção de Roma de 1961 fundara a protecção conjunta dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão.

E verdade que essa protecção não foi concretizada através da outorga dum direito de autor, como tinha sido aliás pretendido. Mas atribuiu-se do mesmo modo um direito intelectual, cuja afinidade com o direito de autor foi expressamente afirmada.

É verdade também que nada autoriza a tomar como um axioma que só os autores devem ser titulares de direitos intelectuais. Pode haver outros candidatos à protecção. E a abstracção crescente, que permite autonomizar cada vez mais contribuições neste domínio, aumenta incessantemente o número destes candidatos.

Mas o elemento mais significativo está em, ao lado de contributos pessoais – como os dos artistas intérpretes ou executantes – se protegerem também com direitos intelectuais contributos empresariais. Deles beneficiam-se os produtores de fonogramas e os organismos de radiodifusão.

Vemos assim o campo que inicialmente era exclusivo dos direitos autorais, atribuídos e justificados pela eminente dignidade da criação e intelectual, acabar por ser invadido por entidades empresariais, que * estão afastadas por natureza de toda a actuação pessoal.

Portanto, mesmo excluindo o que respeita ao Direito Industrial, temos que o Direito Intelectual passa a ser utilizado, não apenas para o estímulo à criação com que foi inicialmente justificado, mas também para outorgar proteção a empresas, que hoje se designam genericamente como empresas de *copyright*.

A proteção dos artistas intérpretes ou executantes não teria nada de surpreendente: eles também trazem uma contribuição pessoal personalizada. Mas a proteção de empresas pelo Direito Intelectual traz uma mudança de paradigma.

6 O SIGNIFICADO DA PROTEÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR

À metamorfose do Direito de Autor, assim anunciada, consumouse nos tempos mais recentes. Digamos que eclodiu nos últimos 15 anos, ou no máximo nos últimos 20.

O elemento catalisador foi a invasão deste domínio pela informática. Desde logo, centrou-se no enquadramento a dar aos programas de computador. Em menor grau, travou-se idêntica disputa a propósito do regime das topografias dos produtos semicondutores.

O debate, longo e globalizado, levou à proteção dos programas de computador por um direito de autor, ou pelo menos por um análogo. Afirmou-se para isso que o direito recaía sobre a forma do programa — portanto, sobre a expressão do programa, sob qualquer linguagem que fosse.

O resultado, para o que nos interessa, está consolidado. Mas devemos procurar compreendê-lo.

O recurso, que depois se tornou sistemático, ao direito de autor “para proteger os bens informáticos, tem várias justificações:

- O direito de autor outorga a mais ampla proteção no domínio dos direitos intelectuais;
- o direito de autor concede proteção automática logo com a criação, independentemente de registo;
- o direito de autor não obriga a desvelar o algoritmo que está na base do programa, ao contrário do que aconteceria se a proteção fosse feita por meio de patente de invenção,
- o direito de autor permite obter proteção independentemente da emissão de leis novas, dando assim uma espécie de proteção retroactiva.

Compreende-se por isso o esforço desenvolvido a nível mundial para alcançar esta protecção. E esta obteve-se em prazos extremamente rápidos.

Mas este passo não pode deixar de ter consequências muito importantes na própria índole do direito de autor.

Por um lado, porque o programa de computador é uma realidade técnica, que se situa fora do domínio literário, artístico ou científico que é próprio do direito de autor.

Não será o mais importante. Mas a esta característica estão associadas consequências. Nomeadamente no que respeita à reversão, que passa a ser grandemente facilitada, do direito de autor para a empresa. O que mostra — e a história confirma-o - que se trata muito mais de uma proteção de empresas que de programadores individuais.

Mas sobretudo, a admissão de programas de computador como objecto do direito de autor conflita com coordenadas fundamentais neste domínio.

Afirmou-se que o programa de computador, na sua expressão, é uma obra literária.

Mas a expressão do programa de computador tem um significado muito diferente da expressão literária.

A expressão literária, base da obra literária, é a expressão livre — arbitrária, se quisermos acentuar este aspecto. Varia ao sabor da criatividade de cada um. A forma pode ser essa, como poderia ser outra.

Pelo contrário, a expressão do programa de computador é a expressão vinculada. É a representação obrigatória dum procedimento técnico. Nenhuma variação é possível, porque se variar há erro — já não exprime ficilmente aquela realidade.

Isto significa que se admitiu, como objecto de protecção pelo direito de autor, a protecção de expressões obrigatórias. Estas sempre haviam estado afastadas do direito de autor — as fórmulas químicas ou matemáticas, por exemplo. Mas a referência à fórmula esconde a referência ao processo, que é a realidade substantiva em causa. A protecção do programa é a super-estrutura encontrada para o que é afinal a protecção dum processo através do direito de autor.

7 A FORMA DITADA PELA FUNÇÃO

A partir daí, assiste-se a uma viragem substancial no seio do Direito Autoral.

O produto empresarial passa a aspirar à protecção pelo Direito de Autor, por invocação da forma.

Desde logo se passa assim no domínio dos bens informáticos. São as bases de dados; são os sítios na Internet; serão as produções multimídia.

No Reino Unido, dá-se já a proteção pelo Direito de Autor da obra gerada por computador.

Na medida em que o aspecto de criação se apaga, a proteção acaba por se referir a qualquer manifestação ou representação exterior. que o discurso legitimador perde sentido.

A comparação com os desenhos e modelos industriais permite-nos ainda uma comparação interessante.

No desenho e modelo não se protege a criação. A Diretriz da Comunidade Europeia nº 98/71, de 13 de Outubro, no art. 1 a, define-o mesmo como “a aparência da totalidade ou de uma parte de um produto...a”. Exige-se apenas “que seja novo e possua carácter singular” (art. 3/2). Quer dizer que neste caso se protege apenas a inovação no domínio das formas, qualquer que seja o grau de criatividade que possa estar ligado a essa inovação.

Ora, se para o direito de autor se deixa de exigir a criatividade e se passa a bastar a expressão final do produto, então as condições de proteção como desenho e modelo e como obra artística parecem equivaler-se. A mesma realidade permitiria dois tipos de proteção diferentes.

O na luta económica. Ele viria agora, sobretudo, proteger os investimentos, como se diz. Portanto, tem como beneficiários as empresas, particularmente as empresas de copyright, para quem a proteção autoral na maior parte afinal reverte. Daí o interesse tão acentuado que o direito de autor passou a despertar nos círculos e entidades económicas, nacionais e internacionais.

Não há nenhuma anomalia na proteção do investimento. O investimento pode e deve ser protegido, pelos muitos modos em que isso ocorre no mundo de hoje.

O que já causa estranheza é que o investimento seja protegido através do direito de autor. Quer dizer, que se tenha criado um ramo de direito altamente proteccionista, por invocação da dignidade da criação intelectual, para afinal esse ramo ser colocado ao serviço da proteção do investimento. É uma distorção, porque o Direito de Autor está apetrechado para finalidades muito diferentes.

Seria de toda a conveniência superar esta dissonância, entre o discurso legitimador e o resultado final. Caberia especializar paulatinamente meios de proteção do investimento, que se distinguissem da tutela pelo direito de autor. É uma anomalia que um programa de computador seja protegido até 70 anos após a morte do seu criador, quando o que se pretende é a tutela da empresa para quem reverteu.

Mas este é um dos paradoxos criados pela metamorfose do direito de autor.

9 A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR EM MERCADORIA

O aspecto mais importante desta evolução é o que podemos designar, em linguagem figurada, a transformação do direito de autor em mercadoria. O que passa a avultar é o significado do direito de autor no movimento negocial, com incidência prioritária sobre o comércio mundial.

A mais espectacular manifestação deste fenómeno dá-se com a submissão do Direito Intelectual à tutela da Organização Mundial do Comércio.

Os direitos intelectuais passam a ser regulados num Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (1994), conhecido pelas iniciais APDIC ou TRIPS. Esse acordo está anexo ao Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio e deverá ser aceite por todos os membros daquela organização.

As consequências deste processo são vastíssimas.

Em primeiro lugar, pela eficácia da subordinação a estes preceitos. Até agora, os países assinavam ou ratificavam as convenções internacionais na matéria se e quando entendiam. O movimento de aceitação era assim lento e assimétrico. Agora, porque os países não podem deixar de participar do comércio mundial, são forçados a aceitar as regras disciplinadoras dos direitos intelectuais.

É igualmente impressionante o que o processo representa de subordinação do Direito Intelectual ao Comércio.

A adesão a este acordo não se faz por considerações próprias do Direito Intelectual. Faz-se pela necessidade de participar do comércio mundial. O Direito Intelectual passa a apresentar-se como um subproduto do Direito do Comércio Internacional. Os países não o aceitam por si - aceitam-no, porque não querem ser excluídos do comércio internacional.

A mercantilização do Direito Intelectual é célere. A disciplina destes direitos passa a ser entregue aos disciplinadores do comércio internacional. Auscultam-se com frequência os interessados, mas os interessados são quase exclusivamente os representantes dos interesses económicos em contraste. No

que respeita ao Direito de Autor a vertente da cultura apaga-se. Ou melhor: o fomento da cultura é sempre entendido como o fomento das indústrias culturais, ou de copyright.

A isto associa-se um grande apagamento do público. Ouvem-se também representantes dos consumidores, mas a força destes é escassa. O público em si, que é mais que o consumidor final, não tem quem o represente.

Simultaneamente, a preocupação originária pelo interesse público vai se perdendo. Agora discutem-se interesses de operadores econômicos. E como esta evolução coincide com o auge da liberalização, o interesse público perde significado por si. Passa a ser encarado como um resto, ou uma resultante, do próprio funcionamento do sistema do comércio internacional. Se este funciona bem, o interesse público estará ipso facto assegurado.

Paralelamente, impulsionam-se cada vez mais formas de auto-regulação. Os reguladores deixam assim de ser públicos, para serem os próprios operadores no mercado. Tal como o interesse do público, também o interesse público vai perdendo quem o represente.

10 O OCASO DOS DIREITOS “MORAIS”

Em semelhante evolução, os direitos pessoais, ou morais, deixam de ter espaço de afirmação. São pura e simplesmente ignorados. Regula-se o comércio, e o comércio nada tem que ver com aspectos pessoais: incide sobre mercadorias.

Toda a evolução mais recente mostra um constrangimento grande na disciplina do direito “moral”. Enquanto os aspectos patrimoniais se desenvolviam em flecha, os aspectos

pessoais continuavam acantonados à previsão do art. 6 bis da Convenção de Berna. A Comunidade Europeia desistia de regular o aspecto pessoal e os Estados Unidos da América não eram inquietados pelo fato de terem aderido à Convenção de Berna, continuando sem regular as faculdades pessoais do direito de autor.

Com o ADPIC a exclusão passa a ser explícita. Os Membros obrigam-se a observar o disposto nos arts. 1 a 21 da Convenção de Berna, que contêm a disciplina substantiva do direito de autor (art. 9/1). Deste modo se impõem a todos os países estes preceitos, independentemente da pertença ou não à União de Berna. Mas exclui-se expressamente o art. 6 bis, que respeita justamente aos direitos pessoais do autor.

Temos assim o Direito de Autor rachado em dois segmentos. O que é universalizado é o direito patrimonial de autor, que recebe ainda o impulso de novas previsões. Os direitos pessoais, já em crise, são abandonados, ficando numa situação de decadência. Isto apesar de os países motores da OMC serem todos membros da União de Berna.

É possível que devamos reconhecer que um desenvolvimento anómalo ocorrido no seio “direito moral” é co-responsável por esta situação. Como dissemos, na França deu-se uma exacerbação do “direito moral” que, por tão extrema, lhe fez perder o sentido. O direito moral tornou-se um poder arbitrário (por não necessitar de se fundar em motivos éticos) que permite ao autor a todo momento intervir e entravar a exploração normal das obras. Os Estados Unidos da América receiam muito estar intervenções porque se colocam ao lado do *copyright*, portanto das empresas exploradoras das obra. Deixou de haver uma ponte entre os dois entendimentos. O resultado foi a derrota do “direito moral”.

Há que tirar deste fato as lições devidas. Há que procurar uma integração normal de faculdades pessoais e patrimoniais no seio de um único direito de autor, temporalmente limitado, que torne a categoria aceitável no plano internacional.

11 A INCIDÊNCIA CRESCENTE DO DIREITO SOBRE O SUPORTE MATERIAL

Anotamos que o direito de autor ganhou a sua plenitude com a libertação em relação ao suporte material em que a obra porventura encarnasse. O direito de autor afirma-se na pujança da sua realidade puramente imaterial.

Esse movimento prossegue sempre. Por abstracção, vão-se sucessivamente demarcando novos bens intelectuais, que aspiram também à uma protecção por direitos intelectuais.

Mas, a partir de certa altura, este movimento, embora continue em progresso, coexiste com um movimento que poderemos considerar de sentido oposto: o direito de autor passa a atingir cada vez mais os objectos em que encarna.

Esse movimento tem uma pluralidade de manifestações.

Seja o caso do direito de sequência, quando se dá a alienação subsequente de obras de arte.

Ou do afirmado direito pessoal de o autor se opor à destruição da obra.

Ou o do arquitecto, de se opor à modificação do edifício construído segundo o seu plano.

Mas em caso nenhum é tão nítido como no que respeita ao direito de distribuição.

Consagra-se agora um direito do titular que recai sobre a comercialização, ou mais amplamente, sobre qualquer forma de distribuição dos exemplares materiais das suas obras.

Isto significaria que o autor poderia assim comandar essa distribuição, determinando os lugares onde esses exemplares estariam acessíveis, e aqueles em que não estariam.

É verdade que se afirmou também que esse direito se esgotaria com a primeira alienação do exemplar. A ser assim, equivaleria a um direito de pôr em circulação, ou de lançar na comercialização.

Mas também surgiu a afirmação das exceções ao esgotamento, particularmente do esgotamento internacional. O que permitiria um titular comandar permanentemente os movimentos admissíveis.

E surgiu também a exacerbação desta faculdade com o *droit de destination* francês. O titular manteria assim permanentemente um vínculo de direito autoral sobre a comercialização dos exemplares da obra.

Esta é uma mudança de longo fôlego. Até pelos resultados paradoxais a que conduz.

Por força dum livre câmbio cada vez mais absolutizado, as barreiras ao comércio vão sendo abatidas. Os países não podem criar, por razões de interesse público, mercados estanques.

Mas simultaneamente, por razões de interesse privado, autorizam-se os titulares de direitos intelectuais a realizar eles próprios esse zoneamento! As trocas internacionais ficam assim dependentes de autorizações individuais de quem lançara já esses produtos no mercado!

12 A ASSIMILAÇÃO DE TODOS OS DIREITOS INTELECTUAIS

Outra manifestação de grande relevo consiste numa tendência para a aproximação de todos os direitos intelectuais. A começar por uma homogeneização do que chamamos os direitos autorais. A diversidade de expressões permite que se distinga o Direito de Autor em sentido estrito, centrado na proteção do autor da obra literária ou artística, e o Direito Autoral, que além deste abrangeria ainda os direitos conexos ao direito de autor.

A tendência é a de um reforço incessante destes últimos, que leva a uma aproximação dos direitos conexos do nível de proteção do direito de autor. Ainda se está longe da equiparação, mas a tendência é visível. Isso mostrou-se muito claramente nos recentes Tratados da OMPI, em que as disposições respeitantes ao autor foram em geral estendidas aos artistas intérpretes ou executantes, e estas por sua vez estendidas aos produtores de fonogramas.

Deste modo, direitos empresariais são assimilados aos direitos de criadores intelectuais. E, muito conscientemente, dos dois lados do Atlântico do Norte esta aproximação é estimulada.

Pensando bem, semelhante evolução não é surpreendente.

Se a criatividade deixa de ser o traço distintivo e a atenção passa a concentrar-se na mercadoria, todos os direitos desempenham aproximadamente a mesma função, trate-se de direito do autor, do artista ou da empresa. Em última análise revertem para a empresa de *copyright* e são um instrumento na estratégia desta.

Por isso os direitos conexos traduzem-se cada vez mais em exclusivos, como o direito de autor. E todos eles se dirigem para a meta dum grande direito autoral único, a que os aspectos pessoais, que efetivamente não há maneira de estender às empresas, não estão em condições de oferecer grandes dificuldades.

13 A EFECTIVIDADE ACRESCIDA E A SANÇÃO PENAL

A evolução descrita trouxe um reforço da efectividade na aplicação dos direitos intelectuais.

Através da OMC, os próprios países são sujeitos a processos de infracção, que tornam difícil fugirem à introdução das regras sobre direitos intelectuais a que estão vinculados.

Mas também as infracções individuais encontram reacção cada vez mais severa. Convenções internacionais recaem nomeadamente “sobre as mercadorias em contrafacção, impondo regras que dificultem o seu trânsito.

Outro aspecto significativo está no que respeita às sanções aplicáveis.

Tradicionalmente, a matéria da aplicação efectiva, e particularmente das sanções, era deixada a cada país. E assim, estes poderiam estabelecer ou não sanções penais.

Mas o ADPIC alterou a situação. As disposições de aplicação, nomeadamente as processuais, são objecto duma por menorização miudinha — de tal maneira que a sua própria compatibilização com os sistemas nacionais se torna penosa.

No aspecto das sanções, o art. 61 impõe a incriminação, “pelo menos em casos de contrafacção deliberada duma mar-

ca ou de pirataria em relação ao direito de autor numa escala comercial”. Deixa pois esta matéria de estar no alvedrio dos Estados e abre-se a porta à imposição de sanções penais.

Esta tendência está em rápida expansão. Várias propostas multiplicam por todo o lado os casos de sanção penal imposta.

Neste ponto há que reflectir. A expansão das reacções penais acabaria por retirar a base ética à sanção e portanto por pôr em causa a sua legitimidade. E, curiosamente, este movimento desenrola-se em paralelo com o da descriminalização ou depuração do Direito Penal clássico, que se procura reduzir a um núcleo substantivamente reprovável e indispensável.

O paradoxo é tal que há pouco observávamos que em Portugal a entrada não autorizada em sítio alheio na Internet recebia penalidade mais alta que a entrada com violência em habitação alheia!

É necessário prevenirmo-nos contra os excessos. Até por uma razão de eficácia. A partir de certa altura, os resultados são o contrário dos pretendidos. A rejeição social à violência das penas cria uma barreira à sua efectividade; e os próprios juízes arranjam sempre um argumento para não aplicar uma penalidade que lhes repugna.

14 A PROTEÇÃO AUTORAL DE POSIÇÕES NA INTERNET

Mas a tendência expansiva não se queda por aqui.

Já vimos como se operou a integração no Direito de Autor da protecção dos bens informáticos. Mas o passo seguinte

consistiu na extensão da tutela a posições adquiridas no ciberespaço. Assim, os sítios na Internet, ou websites, são considerados como objecto de proteção pelo Direito Autoral.

O condicionamento de acesso é protegido por um direito autoral em benefício dos titulares dos direitos que aí estão disponíveis. Mas a verdade é que essa proteção não se distingue da que é atribuída contra o acesso não autorizado ao titular do sítio, que pretende garantir as bases da exploração económica dos conteúdos, quer esses conteúdos sejam ou não protegidos por direito autoral.

Esta é uma das características desta evolução. A pouco e pouco, a presença dum conteúdo autoral torna-se irrelevante. É tão protegido um espectáculo dramático como um jogo de futebol, apesar de o jogo de futebol não desfrutar de nenhuma proteção autoral.

Tudo isto revela que se caminha para uma proteção de conteúdos empresariais incorpóreos, que engloba mas ultrapassa a proteção dos bens intelectuais.

Esta expansão é multifacetada. Assim, na Europa dá-se muito relevo à proteção dos dados pessoais,⁷⁴ em contraste e até em conflito com o que se passa nos Estados Unidos da América. Mas também aqui pode revelar-se uma tendência expansiva que leve a conceber essa proteção como uma espécie de *propriedade dos dados pessoais*. Teríamos descoberto um novo bem intelectual, que da mesma forma estaria em condições de beneficiar dum exclusivo e de entrar no circuito da comercialização.

⁷⁴ Cf. a Directriz nº 02/58, de 12 de Julho, relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas.

15 A RELAÇÃO COM O DIREITO DA INFORMÁTICA

A expansão do Direito Autoral leva-o hoje a uma sobreposição de fronteiras com o Direito da Informática.

As posições informáticas relevantes procuram, como dissemos, a guarida do Direito Autoral. E além disso, os mesmos temas acabam por ser frequentemente discutidos em ambos os ramos sob títulos diversos.

Assim, no comércio electrónico, não é fácil distinguir onde pára o Direito Autoral. As mesmas questões são discutidas paralelamente, como o *browsing* ou navegação na Internet e o *caching* ou armazenagem intermediária. Isto tornou-se muito nítido durante a discussão das duas directrizes da Comunidade Europeia, sobre comércio electrónico e sobre direitos de autor e conexos na sociedade da informação, em que estes temas eram debatidos nos dois projectos.

Mas o mesmo devemos dizer do acesso condicionado e da proteção dos dispositivos condicionantes do acesso; da chamada informação para a gestão dos direitos; da legitimação dos mecanismos de associação de conteúdos, como os hipernexos (*hyperlinks*), em que se discute antes de mais se gozam de proteção através do Direito de Autor; do regime dos dispositivos que restringem a reprodução dos conteúdos; e assim por diante.

Isto traduz bem a tendência expansiva. O Direito Autoral é invocado sempre que surgem conteúdos imateriais que são objecto de exploração comercial, ou podem sê-lo. O seu âmbito vai incessantemente se expandindo, ao mesmo tempo que se torna afinal indiferente que o conteúdo em causa seja uma obra intelectual ou uma realidade de outra ordem.

16 GRAVES PROBLEMAS DE FRONTEIRAS

Tudo isto traz forçosamente graves problemas de fronteiras.

Enquanto nos baseávamos em figuras (relativamente) delimitadas, como a obra intelectual ou a prestação do artista, pisávamos terreno firme. Mas quando se passa para realidades indefinidas, caracterizadas só por uma vaga noção de se tratar de um elemento imaterial susceptível de exploração económica, tudo se esvai. É que a ampliação da zona reservada se faz sempre à custa da zona de liberdade social.

Em muitos casos o contraste é já visível. Assim, a protecção das bases de dados levou na Europa à criação dum novo direito - o chamado direito *sui generis* do “fabricante” das bases de dados, que recai sobre o próprio conteúdo da base, e portanto sobre a informação nesta contida. É um puro direito empresarial.

Mas um direito sobre a informação é uma realidade preocupante. O princípio, até agora, era o de a informação ser livre para todos. À emergência de um direito sobre a informação faz surgir o espectro dos monopólios da informação, que restringem perversamente o diálogo social.

Noutro domínio, progride a protecção das invenções biotecnológicas. Admitem-se patentes de sequências de genes. Mas aqui fica em perigo o princípio da liberdade das descobertas. Não está claro o que distingue esta “invenção” da descoberta. E tornar as descobertas objecto de exclusivo faz pagar um grave preço ao progresso científico.

Por isso dizíamos que esta expansão da tutela intelectual a novas zonas não se faz sem criar pontos críticos, por

restrição de liberdades fundamentais que devem continuar a ser asseguradas.

17 GLOBALIZAÇÃO E INTERESSE PÚBLICO

Tudo isto se expande celeremente, através do que se chama a globalização. Os novos direitos encontram rapidamente vias de generalização. Salvo casos pontuais, em que há choque entre as potências dominantes, logo se comunicam, por orientações que são hoje dadas a nível mundial.⁷⁵

E aqui reencontramos a problemática do interesse público. O interesse público era até hoje assegurado pelo Estado nacional. Mas, com a globalização, esse domínio escapa-lhe em larga medida das mãos.

Que consequências tem isso sobre os pressupostos da proteção dos direitos intelectuais? Porque vimos que a prossecução do interesse público esteve na génese da criação de exclusivos sobre bens intelectuais.

É clara, dissemos atrás, a prevalência atual dos interesses privados. A expansão das zonas reservadas faz-se sob o impulso de interesses privados, e não para serviço de interesses públicos que se configurem.

Isto é muito visível em todo o Direito Intelectual. Se tomarmos o domínio paralelo das marcas, podemos dar como exemplo o que se passa com a marca de prestígio.

O fundamento mais nobre da proteção da marca estava em evitar a indução do público em erro. Mas hoje reforça-se a

⁷⁵ Como no caso dos bens informáticos, por ação do G-7.

proteção sem nenhum fundamento no interesse do público, mas sim no interesse privado do titular da marca. A marca de prestígio é protegida, nos termos da Directriz da Comunidade Europeia sobre marcas, mesmo em relação a produtos ou serviços que não sejam idênticos ou semelhantes àqueles para os quais a marca foi registada, se o uso desse sinal, sem justo motivo, tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio da marca ou possa prejudicá-los (art. 5/2 da Directriz nº 89/104, de 21 de Dezembro de 1988). Reprime-se o acto de aproveitamento e defende-se o interesse privado do titular da marca, mas não há nenhuma consideração de interesse público, ou de interesse do público, na base deste preceito. Causar ou não indução em erro não é determinante.

Um debate paralelo foi levado recentemente perante os tribunais norte-americanos, quando se contestou a elevação do prazo de proteção do copyright de 50 para 70 anos e a seguir para 95. Objectou-se que isso implicaria um reforço de proteção sem nenhuma contrapartida no “interesse público, centrado no incremento das ciências e das artes, ao contrário do que exige a Constituição. O Tribunal Supremo acabou porém por afirmar a constitucionalidade da lei.

18 O DIREITO DA PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO

Este percurso apresenta-se-nos como um fato. Mas um fato não é uma fatalidade. A própria globalização não é uma via de sentido único nem uma justificação para todas as políticas.

Antes de mais, há que fazer um esforço para compreender o significado desta evolução. O Direito de Autor fundado

na criatividade está sem dúvida em crise. É absorvido por uma vaga mais vasta de proteção de realidades intangíveis que sejam úteis ao funcionamento do sistema, independentemente do mérito e até da criatividade dessas produções.

A ideia matriz passa a ser a de inovação. Protege-se o que representa inovação. Numa economia em permanente desequilíbrio para a frente, a inovação assegura a renovação incessante e a expansão a novos domínios, essenciais ao funcionamento do sistema.⁷⁶

Mas se o acento é ponto na inovação, o Direito de Autor aproxima-se do Direito Industrial. Este, numa das suas facetas básicas, protege as inovações industriais.

Também no Direito Industrial a evolução se fez no sentido da redução das exigências do mérito. É muito visível no domínio das patentes, em que o nível inventivo tem cada vez menos significado. O decisivo passa a ser a novidade.

O Direito Autoral evolui igualmente para um direito de proteção de inovações. Dá-se a proteção do que é novo, e não só do que é criativo. E com isto se torna possível a desconsideração do acto criador e a atribuição da proteção a entidades que, por si, são incapazes de criar. Particularmente à empresa. Esta apresenta-se como fonte de inovações, com pretensão de proteção idêntica à das pessoas físicas.

⁷⁶ Em Abril de 2008 realizou-se em Pequim uma cimeira ou reunião de cúpula da OMEPI sobre a Propriedade Intelectual e a economia dos conhecimentos. Baseou-se na atribuição à propriedade intelectual da função preponderante do “fomento da criatividade e da inovação, a fim de potenciar o crescimento económico mediante a criação de riqueza e o desenvolvimento da indústria e do comércio”, É um fenómeno económico que está em causa, e não um fenómeno cultural. E esse fenómeno económico é expresso pela referência à inovação; a criatividade passa na realidade para segundo plano.

Sendo assim, há que proceder a uma ainda mais profunda revisão do Direito de Autor atual. A começar pelo discurso legitimador.

O discurso centrado na recompensa e no estímulo da criatividade do autor está esgotado. Há que reconhecê-lo e tirar as consequências devidas.

A evolução precedeu a formulação, uma vez que na prática se baseou o Direito de Autor num fundamento que com aquele coexiste, assente na proteção dos investimentos; e que, mercê de uma rápida evolução, ganhou a primazia, porque só ele justifica as mudanças actuais.

Surge assim a hipótese explicativa da formação de um Direito da Proteção da Inovação, que absorveria o Direito Autoral tal como o conhecemos atualmente. A inovação, e não a criação, seria o elemento básico. A função genérica deste novo ramo seria a proteção da inovação, esbatendo, ou apagando mesmo, os contornos dos vários ramos de Direito Intelectual atualmente existentes.

19 O AJUIZAR DA EVOLUÇÃO

Perante esta perspectiva, como reagir?

Por um lado, não podemos adoptar uma perspectiva estática, como se a divisão atual dos ramos de Direito fosse a única possível e representasse um ponto de chegada imutável.

Os ramos do Direito variam consoante a situação e necessidades de cada época. E isso acontece também com o Direito de Autor. Nasceu “com fundamento no interesse social de proteger a criatividade, no virar do séc. XVIII para o séc. XIX.

Perante uma situação nova, pode passar “ater um enquadramento diferente.

Dizemos isto com afoiteza, porque não consideramos que na base do Direito de Autor esteja algo como um direito natural, que imporia que a proteção fosse fatalmente outorgada nestes termos. Um direito natural seria referível quando muito aos aspectos pessoais, eticamente fundados, da criação intelectual.⁷⁷ Já os aspectos patrimoniais dependem de opções positivas, pois o seu fundamento último está na prossecução de interesses colectivos.

Mas isto, por outro lado, também não nos induz a cruzar os braços e a aceitar passivamente a metamorfose que se processa.

A evolução histórica baseia-se em mudanças da circunstância social, mas estas não suprimem a intervenção das escolhas humanas. A própria globalização, tendo na sua base realidades técnicas, é também uma política, que é conduzida no sentido da satisfação dos interesses que desfrutam da primazia no plano mundial.

Devemos preservar a nossa liberdade de, tentando compreender a “nova realidade, formular o juízo no respeitante à sua justificação intrínseca.

Captado o novo paradigma da primazia da inovação, como apre ciar que o Direito de Autor seja cnamado a desempenhar a função de proteção de investimentos?

Não podemos deixar de considerar chocante a evolução. A lógica da proteção da inovação é diferente da lógica da proteção da criação. Não poderão ser os mesmos os instrumentos que se utilizam para um e outro objectivo. É anómalo por

⁷⁷ Que são, como vimos, os mais abandonados.

exemplo que uma invenção tenha proteção por 20 anos e outra inovação etiquetada como Direito Autoral receba a proteção de 70 anos post mortem.

A evolução que se desenrola, porque assente em lógica diversa da que sustentou o desenvolvimento histórico do Direito de Autor, deve levar a produzir os instrumentos e regras em que esta nova lógica se exprima. Não há que recriar novas figuras de direitos, quando a situação o justificar.

O enquadramento que ensaiamos, do Direito de Autor como sector de um emergente Direito da Inovação, dá-nos uma etiqueta, mas não nos dá uma solução acabada. Há toda uma reordenação a realizar, à luz dos objectivos que se configuram presentemente.

Há que discutir cada novo passo neste caminho, para concluir se as soluções propostas são ou não justificadas. À partida, a criação dum monolítico Direito Intelectual que amalgararia situações tão distintas não parece compatível com a manutenção de regimes que foram criados à luz de finalidades de todo diversas. Para se tornar aceitável, impõe uma vasta tarefa de distinção de tipos e de revisão de regimes jurídicos.

Ou seja: há que ter a consciência que nos encontramos no coração | do próprio processo da metamorfose.

DIREITO DE AUTOR SEM AUTOR E SEM OBRA⁷⁸

SUMÁRIO

1. A “propriedade intelectual”: uma designação estratégica e controvertida; **2.** Direito de autor versus copyright; **3.** A descoberta tardia do direito pessoal (ou “moral”) de autor; **4.** A hegemonia da vertente empresarial sobre a criação intelectual no séc. XX; **5.** O paradigma atual da propriedade intelectual; **6.** Impacto econômico; **7.** A globalização e a informação; **8.** Impacto político; **9.** Contraposição do Direito de Autor ao direito de acesso à informação e à cultura; **10.** A absorção da informática pelo Direito de Autor. Os dispositivos tecnológicos de vedação de acesso ou reprodução na internet; **11.** A informação para a gestão dos direitos; **12.** A apropriação da informação; **13.** A transição para um Direito de Proteção de Investimentos: o Direito de Autor sem autor; **14.** A gestão eletrônica: o Direito de Autor sem obra.

⁷⁸ Artigo de José Oliveira Ascensão originalmente publicado sob o título Direito de autor sem autor e sem obra. *In*: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (org.). *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Studia Juridica* 91 - Ad Honorem 3. *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. I: Filosofia, Teoria e Metodologia. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 87-108.

1 A “PROPRIEDADE INTELECTUAL”: UMA DESIGNAÇÃO ESTRATÉGICA E CONTROVERTIDA

A própria expressão “Propriedade Intelectual” dá-nos uma boa porta de entrada para as controvérsias e estratégias que neste domínio se suscitam.

A expressão nasceu no final do séc. XVIII, quando se anunciava, com a Revolução Francesa, o termo de todos os privilégios. Os privilégios concedidos aos autores (privilégios de impressão, por exemplo) ficaram assim ameaçados.

Mas logo se cria uma nova qualificação, para afastar aquele obstáculo. O Direito de Autor não seria um privilégio, mas uma propriedade. O autor tem a propriedade da obra. Mais ainda: era até a mais sagrada de todas as propriedades. A Revolução Francesa foi em grande parte gerada pelos homens da pena; e sendo a revolução proprietarista por excelência, não admira que neste domínio favorável o interesse dos autores ficasse acautelado sob um novo rótulo.

A expressão nasceu pois com o objectivo de preparar um entendimento favorável ao reconhecimento e expansão do direito de autor. De fato, a partir daí, a qualificação como propriedade escorou o reforço permanente das faculdades atribuídas ao autor.

Continua a acontecer ainda nos nossos dias. Assim, na Alemanha é praticamente consensual a qualificação como “propriedade espiritual” (*geistiges Eigentum*). Na realidade, isto é um nome e não uma categorização técnica. O Direito de Autor não é propriedade: a ubiquidade da obra não permite submetê-la ao regime espacialmente determinada da coisa que é

objecto da propriedade. A referência à propriedade (*Eigentum*) tem a finalidade *ideológica*, no mau sentido da palavra, de justificar o empolamento quase indefinido do direito de autor. O qualificativo “espiritual” (*geistig*) não tem nenhuma função real, pois não é por isso que se transforma em propriedade algo que propriedade não é.

2 DIREITO DE AUTOR *VERSUS* COPYRIGHT

Ao contrário do que a globalização crescente da tutela do direito de autor e dos direitos conexos poderia fazer crer, nunca houve historicamente uma concepção unitária do direito de autor.

O *common law* manteve-se dentro da visão dos privilégios de impressão: não foi basicamente afectado pela Revolução Francesa. Isto conduziu a uma certa materialização do direito de autor. A base do direito era a obra copiável; a faculdade paradigmática era a da reprodução (*copyright*). O *copyright* assenta assim principalmente na realização de cópias, de maneira que a utilidade económica da cópia passa a ser mais relevante que a criatividade da matéria a ser copiada.

Outra foi a evolução nos países do sistema romanístico do Direito. Como a justificação tinha aí por fulcro a extrema dignidade da criação intelectual, o elemento-base reside na criatividade, portanto em algo que respeita mais ao autor que propriamente à obra. A doutrina alemã, sobretudo, levou esta ideia às últimas consequências no séc. XIX.

O séc. XX permitiu, em vários aspectos, encurtar esta distanciação dos sistemas. A intensa contratação internacio-

nal, o predomínio econômico norte-americano e o mercantilismo da Comunidade (Económica) Europeia contribuíram neste sentido. Mas não eliminaram o fenómeno: só ele explica as divergências que ainda hoje se mantêm. O Direito de Autor Internacional é uma ponte entre sistemas distintos. Aproxima-os porém o carácter de um direito que tem por referência bens intelectuais.

3 A DESCOBERTA TARDIA DO DIREITO PESSOAL (OU “MORAL”) DE AUTOR

Um elemento muito elucidativo neste percurso histórico consiste na descoberta tardia do direito pessoal de autor.

Inicialmente, não se falou em direito moral. O direito de autor era uma realidade unitária, que atribuía um exclusivo em contrapartida da criação realizada. Não se pensava em separar um direito patrimonial de um direito pessoal do autor.

A autonomização do direito “moral” é uma descoberta francesa dos finais do séc. XIX. Antes o qualificaríamos como direito pessoal; *moral* é mais próprio da língua francesa.

Foi uma descoberta à margem da lei. Procurava-se mediante ela justificar a outorga suplementar de faculdades que a lei não contemplava. Para isso se concebeu, além do direito patrimonial, **um** direito moral.

A doutrina francesa levou este direito “moral” ao paroxismo. Descobre sempre mais faculdades que imputa ao direito moral. Liga o direito moral aos direitos de personalidade, pelo que este direito passa a ser independente da extinção ou transmissão do direito patrimonial. Com isto se cria a con-

cepção dualista do direito de autor: haveria afinal dois direitos distintos, um pessoal outro patrimonial. Enfim, num extremo de insensatez, considera o direito moral perpétuo. Ainda hoje se reconhecem em tribunais franceses pretensões de descendentes ou pseudo-descendentes de Victor Hugo, por exemplo⁷⁹.

O direito “moral” alargou a fractura entre os sistemas de direito de autor. Os Estados Unidos da América não o reconhecem: aderiram à Convenção de Berna e nem sequer se deram ao trabalho de alterar a lei interna. Mas mesmo no seio do sistema romanístico há diversidade. Os países germânicos não aceitam a concepção dualista: o direito de autor é um direito unitário, que como muitos outros compreende faculdades pessoais e patrimoniais, sem que essas faculdades formem direitos separados⁸⁰.

A evolução patrimonialística e empresarial do Direito de Autor, que se desenvolve a partir do séc. XX até ao atual, reflecte-se na aplicação que se faz do direito “moral”. Este aparece cada vez mais como um meio de fazer dinheiro, e não como um instituto de defesa da personalidade. Passou a ser possível lucrar, cumulativamente, pelo direito patrimonial e pelo direito “moral” do autor.

⁷⁹ Cfr. o acórdão do Tribunal de Apelação de Paris de 31.III.04, in RIDA 202, Out. 2004, 292, que reconheceu legitimidade a Pierre Hugo, como um dos herdeiros de Victor Hugo, e considerou que uma publicação que “se fazia passar” pela continuação de *Os Miseráveis* violava o direito moral de Victor Hugo sobre esta obra.

⁸⁰ Cfr. sobre esta matéria o nosso *O futuro do “direito moral”*, in “*Em torno a los derechos morales de los creadores*”, AISGE/REUS, 2003, 249-271; in *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 54, Jan-Mar. 2003, 47-67; e in *Revista da ESMAFE (Recife)*, vols. 7/8, n.ºs 16/17, Jul.-Dez. 2002-Jan.-Jun. 2003, 377-408.

Esta evolução é muito perigosa. Manifesta-se nas ordens normativas e jurisprudenciais de países que sofrem a influência da doutrina francesa. Representa-se hoje em dia um dos grandes obstáculos à harmonização dos sistemas autorais a nível mundial.

Felizmente, esta concepção não tem avançado fora dos círculos afrancezados. Tem a oposição radical dos Estados Unidos da América, que querem preservar as suas empresas, particularmente as cinematográficas, de pretensões “morais” dos autores ou seus sucessores. E no sistema romanístico tem o contraponto dos direitos germânicos, que mantêm a sua concepção monista do direito de autor. Esta é a nosso ver muito mais aperfeiçoada.

Semelhante diversidade representa uma das causas (embora não a principal) de os instrumentos internacionais deixarem sempre de parte o aspecto pessoal do direito de autor. Sobre este, quase tudo se limita à previsão do art. 6 *bis* da Convenção de Berna.

4 A HEGEMONIA DA VERTENTE EMPRESARIAL SOBRE A CRIAÇÃO INTELECTUAL NO SÉC. XX

Na medida em que o Direito Autoral está ligado à tecnologia, há que contar sempre com a posição do empresário que controla a técnica. Isso foi evidente logo nos primórdios do Direito de Autor, com a invenção da imprensa: os primeiros privilégios não foram concedidos aos autores, mas sim aos impressores.

A evolução até final do séc. XIX não foi uniforme. No *common law* o direito de reprodução, baseado na obra, dava por

natureza uma posição relevante ao empresário: este era com muita facilidade considerado o titular do *copyright*. Já no sistema continental europeu um acento muito forte na criatividade fez com que o produtor ocupasse um segundo plano no respeitante à atribuição de direitos⁸¹.

O séc. XX desfez este quadro. As indústrias culturais foram-se desenvolvendo e exigindo sempre maiores investimentos. O que se passa na obra cinematográfica é elucidativo. Por outro lado, a influência dos intelectuais decresce numa sociedade dominada pelo mercado.

Não obstante esta evolução, a justificação apregoada do direito de autor não muda: consistiria sempre em recompensar e estimular o criador intelectual, ou a criação intelectual. Mas, na prática, são as indústrias de *copyright* as propuloras desta motivação, porque beneficiam indirectamente do exclusivo autoral.

Ampliram-se tipos de protecção directa dos produtores. Surgem os direitos conexos ao direito de autor. Se o direito dos artistas intérpretes ou executantes recompensa ainda uma prestação pessoal, já os produtores de fonogramas (e de videogramas) e os organismos de radiodifusão são puros empresários. Passa com isto a admitir-se a protecção autoral *directa* dos empresários.

Os movimentos europeus de integração económica deram um contributo importante neste sentido. São muito inspirados pelos Estados Unidos e pela sua protecção das indústrias de *copyright*. O fomento da cultura não tem até hoje pratica-

⁸¹ O que não impedia a subordinação prática dos autores àqueles a quem tinham de recorrer para realizar a exploração económica da obra.

mente significado comunitário: a comunidade europeia continua a ser basicamente um *mercado* comum. Por isso, quando se fala em proteção da cultura usa-se linguagem cifrada para significar o reforço dos benefícios das indústrias “culturais”. E este benefício faz-se agravando os custos de utilização de obras intelectuais – que dizer, tornando a cultura mais cara e portanto mais dificilmente acessível.

Passou então a apresentar-se às claras outra justificação para o Direito Autoral. Mantém-se a referência ao criador e à sua tutela, mas a par desta coloca-se a proteção das empresas culturais, ou de *copyright*. E é esta que explica quase na totalidade as inovações legislativas que foram sendo introduzidas. A entrada do Reino Unido na Comunidade Europeia facilitou esta evolução.

A tendência atual vai no sentido de unificar a prazo o direito de autor e os direitos conexos. Na verdade, se a preocupação empresarial está na base de ambos, tudo justifica a sua convergência. Para isso, as disposições que se estabelecem para os autores são aplicadas aos artistas, e as destes por sua vez aplicadas aos produtores, quase na íntegra. Assim se passou, literalmente, nos tratados da OMPI de 1996, em benefício dos produtores de fonogramas.

5 O PARADIGMA ATUAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Sustentamos que o paradigma da Propriedade Intelectual, que foi glosado até à exaustão desde a viragem para o séc. XIX, está esgotado. É impossível continuar a pretender que o Direito Intelectual tem como objectivo a defesa do criador

intelectual. Porque a entender assim, seriam os aspectos mais relevantes da evolução hodierna que ficariam por explicar.

Falamos até em Direito Intelectual de maneira a abranger também a chamada “Propriedade Industrial”, na medida em que a evolução é muito semelhante no domínio das *inovações industriais*. Assim, é nítido que a patente protege as empresas, e só muito secundariamente os inventores. Os inventores terão em última análise de ceder as suas invenções às empresas; salvo casos raros, não suportam sequer os avultadíssimos custos em que teria de incorrer se quisessem registar as suas patentes nos vários países, para se defenderem da utilização de terceiros. Aliás, a invenção passou a ser um subproduto de empresas, sendo hipóteses marginal provir da genialidade inventores isolados.

Equacionemos a questão. O Direito Autoral nasce na transição do séc. XVIII para o XIX sob um paradigma bem caracterizado: a proteção e estímulo do criador intelectual. A argumentação estriba-se na dignidade máxima do acto criador, nas situações de desamparo e até de miséria a que o autor estaria votado e nas vantagens auferidas pela comunidade em conceder o exclusivo para ter ao fim de um período curto o gozo livre e pleno da obra intelectual. É importante notar como, num tempo de exaltação do liberalismo, o primado do interesse público comandou a estruturação do Direito de Autor: leia-se a Constituição norte-americana, por exemplo⁸².

A evolução subsequente distancia-se cada vez mais deste modelo.

⁸² O art. 1, secção VIII, cl. 8, desta Constituição atribui no Congresso o poder de “promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo por tempo limitado aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos e invenções”.

Em vez de se centrar em obras de valia, o Direito Autoral protege as banalidades da sociedade de massas; em de ser um instituto de conciliação de interesses públicos e privados, o Direito Autoral tende a tornar-se um direito absoluto, em que os limites são apelidades *exceções*; em vez de um exclusivo por um tempo limitado, o exclusivo autoral atingirá com frequência 150 anos, se as obras forem criadas na juventude do autor⁸³; a vantagem económica auferida é muito mais a de empresas de *copyright* (frequentemente alias os titulares directos dos direitos) que dos criadores intelectuais.

Como se explica esta inversão?

Por ter aparecido outra entidade que concorre com o autor e o supera como beneficiária do direito, como dissemos: a empresa de *copyright*. O Direito Autoral é hoje um híbrido, em trânsito para se tornar um puro direito de protecção de investimentos, ou quando muito de “inovações culturais”.

Entendamo-nos. Não é anómalo que os investimentos sejam protegidos. A lei deve intervir nesse sentido, criando condições para que quem inovou e arriscou não fique sujeito a ser superado por quem nada fez e vem agora concorrer em posição de superioridade, porque não teve justamente de suportar o investimento. Esta é uma actuação parasitária e penalizadora para quem inova e investe, que cabe à lei dissuadir.

Os investimentos devem pois ser protegidos. O que é anómalo é que esta protecção se faça através do Direito Autoral.

É tempo de chamar a atenção para a contradição gritante do panegírico autoralista habitual. Louva-se em extre-

⁸³ As obras do pintor impressionista Monet não caíram ainda no domínio público!

mo a nobreza do criador intelectual, para depois se protegerem inovações banais, em benefício de empresas e não daqueles a quem cabe a criação intelectual⁸⁴.

Há que pôr em causa esse paradigma. Há que equacionar directamente a problemática da proteção da empresa e não confundir esta com um ramo do Direito que se baseia na criação, que outorga faculdades pessoais e que é inseparável de uma justificação de fomento verdadeiro da verdadeira cultura.

Sem dúvida que o objectivo é ousado e defronta logo as maiores resistências. Mas tudo começa sempre pelo espírito: há que compreender o que se passa e definir claramente os objectivos.

A via que se nos apresenta é a da especialização de regras empresariais, que haverá que distinguir das regras de Direito Autoral.

Neste sentido (e só neste sentido) a atribuição do direito *sui generis* sobre o contraído das bases de dados segue um bom caminho. Este direito empresarial é separado do direito de autor. O empresário (“fabricante”) da base é protegido no seu investimento, sem dependência de se tratar de uma base de dados criativa, e portanto de esta ser objecto do direito de autor⁸⁵. É o contributo empresarial que se protege. Por este ângulo, que é o que aqui analisamos, está certo.

⁸⁴ Logo na origem, as leis sobre programas de computador e sobre bases de dados ampliaram grandemente em relação ao direito autoral comum as situações em que o direito reverte para a empresa, e não para o criador físico do programa.

⁸⁵ Nem sequer se lhe chamou um direito conexo ao direito de autor mas, anodinamente, um direito *sui generis*.

Eis uma destrição que nos parece indispensável para o esclarecimento e credibilidade do Direito Autoral no séc. XXI.

6 IMPACTO ECONÓMICO

O impacto económico da propriedade intelectual marca profundamente os nossos tempos.

Mesmo no campo do Direito Autoral, os numerosos estudos feitos sobre as chamadas empresas de *copyright* assinalaram a fatia volumosa e sempre em crescimento que estar têm no produto interno bruto dos países industrializados.

Opera-se uma desmaterialização da economia, que vai tornando estratégicos bens cada vez mais abstractos, mais afastados da realidade imediatamente captável. É o que acontece com os direitos intelectuais, que por natureza estão perfeitamente adaptados ao carácter predominantemente virtual da vida económica contemporânea.

Os direitos intelectuais permitem estabelecer relações de troca que consolidam posições de domínio dos titulares. Implicam um tipo de sujeição, que exclui que as situações relativas que se criam possam ser profundamente alteradas num futuro previsível.

Como é natural, as posições atribuídas são favoráveis aos países industrializados. Até há pouco, a sua aceitação pelos países em desenvolvimento (para não falar nos menos industrializados de entre os países desenvolvidos) era penosa e demorada. Resultava de um exercício de pressão económica e diplomática que só produzia efeitos a longo prazo. Mesmo as convenções internacionais neste domínio estavam sujeitos a

um processo lento de adesão que criava assimetrias grandes e lhes retirava em grande medida a eficácia que se pretendia.

A situação altera-se radicalmente com a constituição da Organização Mundial do Comércio.

Este integra um Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio, conhecido por ADPIC (ou TRIPS). Os países têm que o aceitar para participar do comércio mundial. Como se torna quase impensável que um país se exclua desse comércio, a submissão às regras sobre propriedade intelectual é na prática fatal, seja qual for o conteúdo destas.

Por esse acordo (art. 3/1) os Estados-membros obrigam-se a aceitar os princípios substantivos da Convenção de Berna e da Convenção da União de Paris, os do Tratado sobre semicondutores de 1989 e parcialmente os da Convenção de Roma sobre direitos conexos ao direito de autor. Quer dizer, os princípios fundamentais das convenções sobre Propriedade Intelectual, que tão lenta e penosamente eram assegurados pelas convenções multilaterais existentes, são de uma penada impostos, adiram ou não os Estados àquelas convenções.

O ADPIC não é auto-aplicável. Os seus princípios só vinculam os Estados; devem depois ser transpostos por estes para a lei interna. Mas a OMC tem meios que asseguram a efectividade daquela obrigação.

A instituição da OMC, e com ela a imposição do ADPIC, não se limita porém a acolher as previsões internacionais em vigor. Reforça-as ainda consideravelmente. Assim, mesmo os países que não conseguem sequer satisfazer as necessidades primárias das populações têm de conceder um alto nível de

proteção a bens intelectuais que não estão em condições de produzir.

A colocação desta matéria sob o âmbito da OMC⁸⁶ revela ainda outro aspecto significativo.

Os direitos intelectuais são regulados pela OMC porque eles (ou o seu objecto) *foram transformados em mercadoria*. Nomeadamente, o Direito de Autor é assim regulado porque está despojado de todo o significado personalístico ou cultural. A OMC ignora o direito “moral”; e nenhuma considerações são válidas perante ela, que não sejam as que se traduzam em impacto económico.

Dá-se na prática a ablação dos aspectos espirituais do direito de autor. É uma mercadoria como outras, mera componente do comércio internacional.

7 A GLOBALIZAÇÃO E A INFORMAÇÃO

Neste domínio não pode deixar de referir-se a globalização.

Tudo no desenvolvimento tecnológico aponta para a globalização.

Esta emerge, desde logo, da universalidade da internet. A internete não tem fronteiras, de fato, salvo os frágeis ligames que ainda se possam encontrar na localização ou sede dos prestadores intermediários de serviços em rede e na eventual atribuição nacional de nomes de domínio. De resto, todos os conteúdos estão tendencialmente disponíveis para todos. O que implica um poderoso fator de integração.

⁸⁶ Que tornou secundária a posição da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Emerge igualmente do desfazimento de um dos dois blocos em confronto durante a guerra fria e da primazia adquirida pelo outro, com poucas restrições. A economia mundializa-se, os modos de vida são cada vez mais homogêneos e uma informação uniformizada é simultaneamente servida em quase todo o mundo.

Muito haveria a dizer sobre o fenómeno, mas nem tudo pertence a esta história⁸⁷. Limitamo-nos a frisar dois aspectos.

O primeiro consiste em o instrumento-motor da globalização ser a informação.

A globalização é fomentada pela padronização das pessoas, nos seus pontos de referência, nos seus gostos, nos seus valores ou desvalores, mediante o que se chama empoladamente a informação. E a informação exige canais céleres de comunicação que a façam chegar directamente e logo às pessoas. Isto está assegurado hoje na quase totalidade: a globalização das comunicações é um fato.

Vem a seguir a globalização dos conteúdos, que está muito amparada no Direito, justamente. Há todo um ramo em expansão de Direito da Informática que prepara a unificação. O comércio electrónico é um dos sectores em que essa globalização avança com rapidez.

O segundo aspecto assenta numa avaliação do fenómeno.

⁸⁷ Cfr. sobre esta matéria o nosso *Sociedade da Informação e mundo globalizado*, in "Globalização e Direito", Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2003, 163-179; in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n.º 22, 1.º semestre de 2002, 161-182, e in *Propriedade Intelectual e Internet*, Curitiba, Juruá Editora, 2002, 15-31.

A globalização é um fato. Esse fato é em grande parte uma fatalidade. Resulta da evolução tecnológica e de outras circunstâncias históricas, que levam a que se prefigure a circunstância em que o homem vai seguidamente viver.

Mas a globalização não é só um fato: é também uma política. A maneira como a globalização se faz não está desligada da opção humana. Em limites amplos, pode ser conduzida num ou noutro sentido. Como toda a política, supõe um mínimo de liberdade colectiva de determinação e de liberdade individual de participação.

Por isso, absolver tudo em nome da globalização não explica nem justifica nada. O que é necessário é distinguir os pontos em que a intervenção humana é possível e aqueles que são resultantes da circunstância histórica da existência colectiva.

8 IMPACTO POLÍTICO

Também se impõe que ponderemos o impacto político do Direito de Autor e das novas tecnologias.

Supomos ser uma lei sociológica que no contacto entre vários povos prevalece aquele que estiver mais desenvolvido. Ou, como afirma Toynbee, a cultura tecnologicamente mais desenvolvida prevalece sobre as restantes, mesmo que por outros pontos de vista, nomeadamente o do desenvolvimento espiritual, as outras seja superiores.

É de fato evidente que um movimento de integração mundial, servido por um desenvolvimento tecnológico vertiginoso, beneficiará particularmente os países mais desenvolvidos. A vantagem dos outros só poderia vir a um prazo muito longo,

após terem pago o preço da destruição criativa das suas estruturas produtivas actuais, a que falta capacidade competitiva.

Mas a isto soma-se a *expansão da propriedade intelectual*, que é o tema que especificamente versamos. A imposição de padrões favoráveis aos mais desenvolvidos assegura o congelamento das actuais posições relativas. Os menos desenvolvidos só sairão da situação em que se encontram pela boa vontade dos doadores. Ficam dependentes desse fator imprevisível.

Teceram-se esquemas muito sofisticados, que levam a que cada vez mais sectores da vida fiquem sujeitos a regimes de exclusivo. Quem participa, terá de obter autorização, quer dizer, pagar *royalties*. O que mantém e agrava a dependência.

Isso manifesta-se nos mais variados aspectos da vida.

Os países menos desenvolvidos precisam de se informatizar rapidamente. Mas para isso terão de comprar equipamento que não produzem e pagar *royalties* pelo programas que utilizarem.

Os países menos desenvolvidos estão a braços com grandes epidemias. Mas para as combater têm de pagar medicamentos muito caros, se protegidos por patentes; ou, caso o não estejam, de vencer as maiores resistências se pretenderem recorrer a medicamentos genéricos ou importá-los de países terceiros.

A agricultura pareceria ser uma zona de refúgio. Mas para utilizar produtos transgénicos haverá que importá-los e pagar também *royalties* para manter a produção.

E o comércio? O mini-comércio escapa por agora. Mas se se quiser subir um pouco o nível haverá que recorrer a franquias e pagar *royalties* correspondentes.

Esta excursão sumárias destina-se a chamar a atenção para um fenómeno que nos parece da maior importância. O espaço de liberdade da vida não se ampliou; pelo contrário, estreita-se cada vez mais. As zonas que eram livres tornam-se objecto de reserva. Isso pesa profundamente sobre os países em que se não originam os direitos intelectuais em causa⁸⁸.

O segundo aspecto respeita à importância que a informação assume, no aspecto político.

O mundo é controlado a quente pelas armas. Mas é controlado a frio pela informação.

A informação aparece como a alternativa à guerra, para obter os mesmos resultados mas sem os anti-corpos que a guerra provoca.

O *slogan* nunca abertamente proclamado por aqueles a quem interessa – *quem domina a informação domina o mundo* – é uma realidade nos nossos dias.

A informação não é assim apenas o fator decisivo na economia hodierna. É também um fator de dominação, que corrói, prepara os avanços junto de quem a recebe e permite a antecipação por parte de quem a possui.

No seu excelente livro *Code and other laws of cyberspace*, Lawrence Lessig afirma que se não prefigura uma rede espia e

⁸⁸ Já sobre as perplexidades que rodeiam a informação na “sociedade da informação”, cfr. o nosso *O Direito de autor no ciberespaço*, in “Portugal-Brasil ano 2000”, BFDC, 40, Coimbra Editora, 1999, 83-103; in Revista da EMERJ (Rio de Janeiro), vol. 2, n.º 7, 1999, 21-43; e in RDR (Renovar), n.º 14, Mai.-Ago. 1999, 45-64. Está publicado nas nossas coleções “Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação”, Almedina, 2001, 149-171, e “Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Estudos”, Forense, 2002.

intrusiva controlada por Washington⁸⁹. É de recear que esteja já desatualizado⁹⁰.

O tema da informação e do seu controlo está, definitivamente, no âmago de toda a problemática do Direito de Autor e do desenvolvimento tecnológico. Não é um aspecto lateral, uma disciplina periférica. Da estururação técnico-jurídica desta depende o controlo mundial e o futuro da nossa civilização.

Por isso o tema da informação vai exigir ainda outras observações.

9 CONTRAPOSIÇÃO DO DIREITO DE AUTOR AO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO E À CULTURA

Vivemos na “sociedade da informação”. É este o dístico que é afixado universalmente. E hoje vai-se mesmo além e fala-se na sociedade do conhecimento.

Seria porém mais sensato ficar pela *sociedade da comunicação*. A comunicação ampla e universalizada é que é o fato irrecusável. Quanto a ser ou não uma sociedade da informação, exigiria aprofundamentos e distinções que ultrapassam os nossos objectivos⁹¹.

⁸⁹ *El Código y otras Leyes del Ciberespacio* (trad. Castelhana), Taurus Digital (Madrid), 2001, 12.

⁹⁰ Foram espectaculares os avanços conseguidos pelo governo espanhol no combate à ETA, desde que os Estados Unidos aceitaram a qualificação da ETA como grupo terrorista.

⁹¹ Veja-se a análise penetrante de Castanheira Neves, *Uma perspectiva de consideração da comunicação e o poder – ou a inelutável decadência eufórica*, em “Estudos de Direito da Comunicação”, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 2002, págs. 89-105. Distingue o A. a comunicação-co-

Mas pretendeu-se também que a sociedade da informação é a sociedade da cultura.

Difícilmente podemos pretender que vivamos numa *sociedade da cultura*. Uma sociedade que se move ao sabor dos índices das audiências; em que os livros se vendem porque são *best seller*, e não pelo seu conteúdo; em que os meios de comunicação e a publicidade apelam aos sentimentos mais torpes para chamar a atenção (isto é, vender), não é certamente uma sociedade da cultura⁹².

É uma sociedade fortemente alimentada pelas hoje chamadas *indústrias de conteúdos*.

Receamos que a dieta seja bastante indigesta. Esta “cultura” injectada no povo não é cultura popular, porque nela o povo nada tem de agente activo, é pelo contrário um consumidor passivo⁹³.

Atendamos especificamente à contraposição entre o Direito de Autor e o direito ao acesso à informação/cultura.

De fato, criam-se espantosas possibilidade de acesso à informação e às manifestações culturais. Como pode o Direito de Autor entrar em choque com esta explosão que multiplica o número e as potencialidades de utilização das obras protegidas?

municação, a comunicação-informação e a comunicação-publicização, analisando-as sucessivamente. A entropia sócio-cultural, o controlo da opinião pública como a arma mais eficaz do poder e a organização da comunicação em empresas dirigidas à exploração económica são apontadas com mestria no que o A. apresenta simplesmente como “Notas de um esboço de reflexão”.

⁹² O mesmo efeito imbecilizante é produzido pela propaganda política.

⁹³ Como nota José Afonso da Silva, *Ordenação Constitucional da Cultura*, Malheiros (São Paulo), 2001, V, n.º 8.

O que se passou na Alemanha com a máquina de fotocópia é de estarrecer, e é ao mesmo tempo maximamente elucidativo. Em 1955 o conspícuo BGH, supremo tribunal federal, condenou os fabricantes de aparelhos de gravação e de reprodução a cessar o que considerou essa actividade ilícita⁹⁴. O tribunal baseou-se em a fotocópia ameaçar os direitos dos autores, mas não procedeu a nenhuma demonstração de que essa prática causava prejuízos efectivamente aos autores: bastou-se com a consideração de que a máquina é por natureza adequada a originar esses prejuízos.

A espécie é elucidativa da maneira como o Direito de Autor pode funcionar como um obstáculo ao desenvolvimento tecnológico e às vantagens culturais e sociológicas que lhe são inerentes⁹⁵.

O Direito de Autor sempre foi a superestrutura de uma tecnologia. Só se tornou possível com a imprensa; foi evoluindo ao sabor das transformações tecnológicas subsequentes. O impacto da informática é bem elucidativo.

Não obstante, a relação entre Direito de Autor e as tecnologias é uma relação de amor/ódio. Foram festejadas, porque abriam novos campos de expansão e exploração económica sob a cobertura do Direito de Autor; mas foram re-ceadas e mesmo perseguidas, porque permitiam a expansão dificilmente controlável de modos de utilização de obras que se queriam reservados.

A atitude defensiva perante uma nova tecnologia foi sempre a prevalente nos períodos de surgimento da inovação e

⁹⁴ Acórdão de 18 de Maio de 1955, no BGHZ, 17, 266-269.

⁹⁵ Algo de semelhante se passa atualmente com o programa MP3, que permite o intercâmbio em rede de ficheiros informáticos.

é decerto a mais primária. Com isso os defensores extremados do Direito de Autor tornam-se maltusianos, porque acabam por se virar contra o próprio progresso dos meios tecnológicos.

Mas há também outra via de reacção. Consiste na extensão aos novos meios tecnológicos do Direito de Autor, de modo a transformá-los em objecto de direitos exclusivos, mesmo que à custa de uma desfiguração das bases tradicionais deste instituto.

Foi o que se passou com a informática, que examinaremos especificamente a seguir. Mas observamos já que isso não evitou que aí se manifestasse simultaneamente a tendência maltusiana.

10 A ABSORÇÃO DA INFORMÁTICA PELO DIREITO DE AUTOR. OS DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE VEDAÇÃO DE ACESSO OU REPRODUÇÃO NA INTERNETE

A primeira intervenção deu-se na própria modelação da natureza jurídica dos novos bens informáticos. Foram considerados *obras*, portanto realidade protegidas pelo Direito de Autor, não obstante o seu carácter de meros instrumentos técnicos.

Assim aconteceu com os programas de computador e com as bases de dados. Assim aconteceu com as “obras” produzidas por computador no Reino Unido. Assim aconteceu também, embora só parcialmente, com as topografias dos produtos semicondutores. Discute-se ainda a posição a tomar perante as produções multimédia.

Mas a própria exploração empresarial da internete vai ser também protegida através do Direito Autoral.

É muito importante o que se passa com os “dispositivos tecnológicos de protecção” e de “informação para a gestão dos direitos”.

Os incaracteristicamente chamados *dispositivos tecnológicos* condicionam o acesso aos sítios na internete, ou impedem a realização de certas operações como a reprodução, tornando-as em geral dependentes de autorização.

O acesso aos sítios pode ser porém condicionado, tenham ou não por conteúdo direitos autorais. Um sítio que informe as cotações de bolsa pode ser de acesso condicionado, da mesma maneira que um museu virtual. Não há distinção fundada no fato de conter ou não bens intelectuais protegidos.

Outras leis já vedavam em geral⁹⁶ o contornamento de quaisquer dispositivos condicionadores na internete. O que aconteceu foi ter-se passado a dar protecção autoral à integridade e funcionamento desses dispositivos. O autor passa a ser considerado como titular de uma faculdade de oposição a essas incursões, independentemente de ser ou não o titular do sítio.

Com esta atribuição pretende-se transformar em violação de direito de autor o contornamento ou circunvenção daqueles dispositivos. Mas o contornamento representa exactamente o mesmo, quer haja ou não um conteúdo autoralmente protegido no sítio em causa. E mais: a protecção “autoral” dos

⁹⁶ Portanto, independentemente de haver ou não obra intelectual protegida. Cfr. o Dec.-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro, sobre o regime aplicável à oferta de acesso condicional aos serviços de televisão, de radiodifusão e da sociedade da informação, que transpõe a Directriz n.º 98/84/CE, de 20.XI.

dispositivos não protege o autor, pois este em princípio deu já o seu consentimento para a disponibilização da obra e está afastado da exploração comercial. Quem é protegido é o titular do sítio. Se o sítio é comercial, é um empresário que passa afinal a beneficiar da proteção “autoral”⁹⁷. Portanto, temos aqui um recurso ao Direito de Autor para beneficiar essencialmente a exploração empresarial de conteúdos.

Particularmente, há que realçar o apagamento de regras legais que resulta da inviolabilidade determinada por lei dos dispositivos tecnológicos de protecção.

O direito de autor, como todo o direito subjectivo, é fruto de um complexo de regras positivas e negativas. Da interacção delas resulta o equilíbrio do resultado que se pretende atingir.

As regras negativas do direito de autor são os limites ou restrições do direito; fala-se também de *exceções*, mas sem justificação, porque são tão normais como as regras positivas. Os limites permitem conciliar o exclusivo atribuído ao autor com o interesse público e com as posições de outros titulares. São fundamentais para a obtenção justa das finalidades do direito de autor.

Mas se os dispositivos tecnológicos vedam indiscriminadamente o acesso ou a reprodução, *a consequência é a supressão prática dos limites ao direito de autor no âmbito do ciberespaço*. O equilíbrio tão laboriosamente trabalhado desaparece. O direito de autor passa a ser mesmo um direito absoluto, no sentido de direito ilimitado. Será um caso único – um monstro num universo jurídico caracterizado pela prossecução funcional de interesses.

⁹⁷ Ou quem se visa que beneficie.

Como resolver essa anomalia?

A Comunidade Europeia, na Directriz n.º 01/29, de 22 de Maio, sobre direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação, procedeu a uma delimitação taxativa dos limites do direito de autor, no art. 5; e no art. 6 inseriu uma lista daqueles limites que para serem exercidos permitiriam uma circunvenção dos dispositivos de protecção.

A solução é em tudo muito má. A lista taxativa não tem a maleabilidade que resulta da cláusula geral do *fair use* do direito norte-americano; e se os limites são justificados, todos devem permitir a circunvenção dos dispositivos tecnológicos. O resultado é haver limites verdadeiramente fundamentais, como direito de citação, que constam do art. 5 mas são omitidos no art. 6!⁹⁸

A solução foi transposta, e tinha de o ser, pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, que aditou ao Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos os arts. 217 a 222, sobre esta matéria. O art. 221 faz agora a filtragem das limitações cujo exercício permite o recurso a dispositivos de circunvenção.

Isto ilustra bem os problemas que se colocam. A técnica veio alterar o direito, sem que a lei tenha tido a coragem de intervir.

Mas o que nos interessa é a temática geral. Pretendemos elucidar como a questão é grave⁹⁹.

⁹⁸ Acresce que a solução prevista assenta antes de mais em auto-regulação, e é estruturada de modo que se não vê como a circunvenção, mesmo quando autorizada por lei, terá alguma vez concretização efectiva.

⁹⁹ Assim, a Lei brasileira n.º 10 695, de 1 de Julho de 2003, veio, segundo certa interpretação, isentar o uso privado em geral, e não só a reprodução de pequenos trechos, como se estabelecia no art. 46 II da Lei dos

11 A INFORMAÇÃO PARA A GESTÃO DOS DIREITOS

Quanto à chamada “informação sobre a gestão dos direitos”, qualifica aqueles instrumentos que permitem detectar as utilizações que forem feitas de uma obra ou prestação em rede¹⁰⁰. Com eles se poderá saber se um trecho disponível em rede foi ou não reproduzido, uma canção escutada, e assim por diante.

Estes dispositivos melhoram significativamente o conhecimento que se possa ter das utilizações realmente efectuadas. Têm importância estratégica a vários níveis. Permitem segurança na gestão. Dão um novo protagonismo aos titulares de direitos, que passam a poder controlar com precisão as utilizações, em vez de ficarem passivamente sujeitos a cálculos pouco fiáveis das entidades de gestão colectiva.

Além disso, prefigura-se uma mudança radical na gestão colectiva das obras em rede. Se a máquina diz tudo, a intermediação da entidade de gestão colectiva torna-se supérflua. O próprio titular, particularmente as grandes entidades titulares originárias ou derivadas dos direitos, podem proceder directamente à gestão. Abre-se assim a possibilidade de todo um novo relacionamento.

Direitos Autorais. Que sentido pode ter esta regra na internet, se o acesso ou a reprodução estiverem condicionados?

¹⁰⁰ Sobre esta matéria, bem como sobre os dispositivos tecnológicos de proteção que versámos no número anterior, cfr. já o nosso *O direito de autor no ciberespaço*, in “Portugal-Brasil ano 2000”, BFDC, 40, Coimbra Editora, 1999, 83-103; in *Revista da EMERJ* (Rio de Janeiro), vol. 2, n.º 7, 1999, 21-43; in *RDR* (Renovar), n.º 14, Mai.-Agosto. 1999, 45-64; in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, 2001, 149-171; e in *Direito da Internet e da Sociedade da Informação – Estudos*, Forense, 2002.

Mas estes métodos também acarretam perigos.

Os dispositivos para “informação sobre a gestão dos direitos” suscitam outras questões, além das já anteriormente referidas.

O que se atribui, tal como acontece com os chamados dispositivos tecnológicos de protecção, é uma garantia de um procedimento, que é prevista como tendo carácter autoral mas que vai beneficiar directamente quem faz a exploração da obra, portanto o empresário do sítio. É este quem fica protegido com a cominação duma sanção que se apresenta como se fosse de Direito de Autor. É mais uma manifestação do recurso universal a este ramo do direito para obter a protecção empresarial de bens informáticos.

Mas o significado estratégico destes dispositivos ultrapassa muito o que poderia aparentar.

A informação está inelutavelmente associada à apresentação da obra ou prestação protegida. Qualquer utilização em rede (para o que nos interessa) fica detectada. Isto permite a imposição de encargos a título de Direito de Autor ou Conexos.

Mas quem determina que se trata de material protegido é o titular dos direitos ou, para ser mais exacto, o explorador da rede.

O utente tem possibilidades mínimas de reagir contra a qualificação dum conteúdo como protegido. Só poderá fazê-lo *ex post*, mas como?

Haver uma obra ou prestação protegida não resulta de um fato, mas de uma valoração. O dispositivo poderá assim qualificar como tal uma notícia do dia, uma obra caída no do-

mínio público, a *Odisseia* e assim por diante. Um país que tiver uma proteção mais alargada que outro imporá as suas regras, sem dar ao utente nacional qualquer possibilidade de reagir. E neste caso, a Directriz n.º 29/01/CE, de que acima falámos, não prevê sequer hipóteses de circunvenção dos dispositivos que proporcionam a informação sobre a utilização feita.

Na realidade, tudo isto vai no caminho do apagamento do titular de direitos intelectuais para o substituir pelo explorador económico. Todos os conteúdos tendem a confundir-se, pelo que se cobrarão direitos sobre hinos nacionais ou sobre imagens de ruas de Chicago, como se cobram sobre verdadeiras obras ou prestações protegidas.

12 A APROPRIAÇÃO DA INFORMAÇÃO

Outro sector, não menos importante seguramente que os que foram examinados até agora, é o da informação.

Representa um aspecto fundamental na vida colectiva: a sociedade da informação não poderia deixar de o pôr em relevo.

Já anteriormente¹⁰¹ tocámos um aspecto que não pudemos aprofundar, mas que é extremamente significativo: a informação representa hoje o mais importante instrumento de dominação a nível mundial. Pode a potência belicamente mais forte perder afinal uma guerra, ou sair dela com feridas profundas que amargam a vitória militar. A informação é a alternativa: está cada vez mais em condições de atingir os mesmos objectivos sem incorrer nesses riscos¹⁰².

¹⁰¹ *Supra*, n.º 8.

¹⁰² É claro que subentendemos que no plano político, particularmente em matéria de política internacional, a informação difundida não é neutra nem objectiva.

A informação é também fundamental no aspecto económico. Por isso se diz que a informação se tornou um bem de produção na sociedade em que vivemos; ou, mais compreensivelmente para os não iniciados, que a utilização da informação tornada conhecimento marca a diferença no desempenho económico de vários países.

Mas a informação é antes de mais fundamental no dia a dia de todos nós. A cultura das pessoas depende também da acessibilidade aos elementos de informação de que necessitam.

Por isso a informação sempre foi considerada um bem livre. Devo respeitar o direito de autor sobre o livro que leio; não posso plagiá-lo, nem comerciá-lo sem autorização. Mas a informação que dele retirei está completamente disponível e posso utilizá-la como bem entender, nomeadamente para fins comerciais.

Porém, tal como se assiste ao assalto ao uso privado, também se assiste ao assalto à liberdade da informação. Por várias vias a informação está afinal a ficar apropriada nesta sociedade da informação. A informação, ela própria, passa a vender-se. Deixo de a poder utilizar livremente.

O fenómeno tem muitas facetas, nos mais diversos sectores. Limitamo-nos a considerar uma, que respeita sobretudo ao próprio domínio da informática.

A Comunidade Europeia criou o direito chamado *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados¹⁰³. Sejam elas ou não criativas, em qualquer caso o “fabricante” da base de dados tem a reserva ou exclusivo sobre a extracção e a utilização comercial de partes substanciais do conteúdo da base de dados.

¹⁰³ Já o referimos *supra*, n.º 5.

Trata-se de um puro direito sobre a informação.

O conteúdo da base de dados são os dados ou informações que contém, como elemento intangível.

Que se restrinja a comercialização de bases de dados alheias, ou do seu conteúdo, por quem se quer furtar ao investimento que foi necessário ao produtor da base, é um objectivo de apoiar, embora pudesse ser atingido pela concorrência desleal.

Mas proibir a reutilização da informação atinge gravemente a disponibilidade das fontes, na sociedade da informação. O diálogo científico e cultural em geral pressupõe a disponibilidade por todos dos elementos de informação existentes. Monopolizar a informação cria obstáculos gravíssimos. Pensemos no doutorando que precisou de recolher dados científicos para a elaboração da sua dissertação. Terá a partir de agora de pagar pela utilização desses dados, se posteriormente a quiser publicar?

Não cabe desenvolver mais, aqui, mas é bom estar alertado para os perigos que a adopção deste direito acarreta.

13 A TRANSIÇÃO PARA UM DIREITO DE PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS: O DIREITO DE AUTOR SEM AUTOR

Entramos na fase conclusiva. Em muitos aspectos, tornou-se clara a profunda metamorfose que o Direito Autoral sofre num período muito curto de tempo. Foi a informática o catalisador mais próximo dessas transformações.

Como súmula de todas elas, temos a emergência da empresa de *copyright*, hoje a entidade central do Direito de Autor. O autor vai-se apagando: os aspectos personal sticos estão praticamente ausentes desta evolu o. Mas a preocupa o com a comercializa o está omnipresente, ao ponto de se poder dizer que o próprio direito de autor   tratado como uma mercadoria.

Nesta via, podemos dizer que estamos defrontando a realidade do direito de autor sem autor.

Falou-se da “morte do direito de autor”.   necessário entendermo-nos sobre o que se quer significar com esta metáfora.

Não se prevê o desaparecimento do ramo Direito de Autor, com o conseqente retorno dos bens intelectuais a um regime de liberdade. Muito pelo contrário, vemos a prote o do autor ser engolida pela prote o inúmeros outros pretendentes a prote o exclusiva. Pode até o ramo continuar a chamar-se Direito de Autor: o que acontece   que não   o autor quem na realidade   o fulcro ou o destinatário último deste ramo. A prote o do autor tende a ficar dissolvida na prote o duma pluralidade de contributos. E por det rs de tudo e tudo unificando está o empresário de *copyright*, como referencial último da prote o.

E assim. Quando se equiparam direitos de autor e direitos conexos, ou quando se protegem banalidades sem o mínimo de criatividade, o Direito de Autor permanece; mas o autor deixou de ser o ponto de referência nuclear. Protegem-se afinal produ es “culturais”, haja ou não autor. Por isso, não há a morte do Direito de Autor, mas antes a realidade ainda mais perigosa do Direito de Autor sem autor.

Este Direito de Autor sem autor não pode deixar de ser sujeito a uma revisão profunda, porque deixou de ser fundado no elevado grau de criatividade que conduziu à outorga de tão exacerbado nível de protecção.

14 A GESTÃO ELETRÔNICA: O DIREITO DE AUTOR SEM OBRA

Mas não temos só um direito de autor sem autor: temos também um direito de autor sem obra.

A obra intelectual pareceria ser o marco inultrapassável na estruturação do Direito de Autor. Mais materializada no *common law*, mais dignificada nos sistemas romanísticos, em qualquer caso era o objecto aparentemente bem delimitado dos direitos atribuídos.

Mas uma evolução dirigida à transferência da protecção para a empresa não se preocupará com estes pruridos. O que interessa é a reserva dos conteúdos que puderem ser comercializados, sejam estes ou não obras. Aliás, a própria vulgarização da referência incaracterísticas a *conteúdos* é significativa deste entendimento descomprometido.

Vão por este caminho a banalização do objecto do direito autoral, bem como a proposta da Comunidade Europeia, que está em elaboração, de substituir a *criatividade* pela *originalidade* como característica da obra.

Do mesmo modo, os bens informáticos são protegidos como obras – mesmo que sejam realidade técnicas, em relação às quais nem tem sentido falar de criação intelectual¹⁰⁴.

¹⁰⁴ J. Gómez Segade, *Desafios de futuro para el Derecho de Autor en la EU*, in “Actas de Derecho Industrial”, XXII (01), 275-284 (281), alerta para

Paralelamente, as prestações como objecto da protecção pelos direitos conexos vão sendo equiparadas às obras intelectuais.

Limitamo-nos a versar em especial um aspecto, que está ligado justamente à exploração de obras em rede. Referimo-nos aos processos informáticos que permitem a gestão electrónica (em rede) dos conteúdos disponíveis na internete.

Invocou-se o Direito Autoral para a sua aceitação. Explicou-se que era indispensável à protecção do autor que todas as utilizações que se fizessem das obras ficassem assinaladas.

O sistema foi imediatamente estendido às prestações protegidas por direitos conexos¹⁰⁵ (que são predominantemente prestações empresariais, como já se disse).

Mas, tal como acontece com os dispositivos tecnológicos de protecção, não há nada que obste a que se fique por aí. A gestão eletrônica pode aplicar-se a qualquer conteúdo em rede nas mesmas condições, sem nenhuma possibilidade efectiva de controlo pelo destinatário. O que quer dizer que a justificação encontrada, da protecção autoral, é falaciosa: qualquer conteúdo pode desta maneira ser sujeito a tal gestão, tenha ou não a natureza de obra e tendo-a, seja esta ou não objecto de protecção¹⁰⁶.

Isto significa que o que ainda hoje se apresenta como manifestação do Direito de Autor extrapola muito os pressupostos básicos deste. A protecção recai afinal sobre quaisquer

a necessidade de refrear o “Direito de Autor tecnológico”, que tem já suficiente amplitude. Diremos que tem já demasiada amplitude.

¹⁰⁵ E também, nos países que o aceitam, ao direito *sui generis* do fabricante da base de dados.

¹⁰⁶ Cfr. *supra*, n.º 11.

conteúdos em rede, porque deixa de se dirigir fundamentalmente a proteger conteúdos intelectuais.

Caminhamos deste modo, não só para um Direito de Autor sem autor, como para um Direito de Autor sem obra, ou sequer prestação protegida. O Direito de Autor converte-se num ramo que visa prevalentemente a proteção das empresas de *copyright*. Qual seja o conteúdo disponibilizado em rede é indiferente, para efeitos de satisfação dos interesses do empresário.

O DIREITO DE AUTOR NO CIBERESPAÇO¹⁰⁷

SUMÁRIO

Introdução: **1.** Comunicação e informação; **2.** O direito de autor inerente à utilização informática de obras em linha; **3.** O direito de colocação em rede à disposição do público; **4.** A integração no direito de comunicação ao público; **I** - Direito de autor e exploração empresarial: **5.** A reversão da tutela do autor para o empresário; **6.** Autor e empresa no ciberespaço; **II** - Direito de autor e diálogo cultural: **7.** A “caça às exceções”; **III** - Direito de autor e acesso condicionado: **8.** O acesso condicionado como direito do produtor; **IV** - Direito de autor e informação sobre os direitos: **9.** A identificação da utilização das obras; **10.** A desproteção do público; **V** - Direito de autor e sociedade da informação: **11.** A sociedade da informação e os seus anti-corpos; **12.** Conclusão

INTRODUÇÃO

1 COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO

Assistimos maravilhados a uma extraordinária florescência dos meios de comunicação.

¹⁰⁷ Artigo de José Oliveira Ascensão originalmente publicado sob o título O direito de autor no Ciberespaço. In: *ESTUDOS sobre direito da Internet e da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 139-171.

O ideal da sociedade de comunicação integral parece estar do nosso alcance.

Aproximamo-nos de uma situação em que, potencialmente, todos poderão comunicar com todos, por meios informáticos.

Potentes auto-estradas da informação, de que a Internet é o modelo, asseguram o fluxo de grandes quantidades e mensagens, em condições de rapidez e fidedignidade não suspeitas.

A interactividade permitirá ao destinatário sair da posição meramente passiva, a que só fugia praticamente com o telefone. Não é a interactividade máxima, que é mero paradigma vazio – aquele em que a mensagem resulta do contributo de todos. Mas tende-se a algo mais que a interactividade mínima, que se reduz à formulação de pedidos: o destinatário passa da mesa redonda para comensal à lista.

Tudo isto é acompanhado da criação, tornada possível também por meios electrónicos, de gigantescas bases de dados, onde se amontoarão tendencialmente todos os bens susceptíveis de transmissão em linha que os destinatários possam desejar¹⁰⁸.

Diz-se que se chega assim à “sociedade da informação”. Há um óbvio empolamento do termo: o que há é a sociedade da comunicação integral, e não a sociedade da informação. O conteúdo da mensagem transmitida não é necessariamente informação – ou só o é se entendermos informação em sentido de tal modo lato que lhe faz perder toda a precisão. Quem acede a uma página erótica ou pratica um jogo não se está a informar.

¹⁰⁸ Num outro plano, assiste-se ao desenvolvimento da radiodifusão digital, que é igualmente de grande importância mas não é munida da interactividade.

Todavia, é também verdade que, paralelamente ao avanço destes meios, se desenvolve um tipo de sociedade em que a informação passa a desempenhar um papel muito mais decisivo que anteriormente.

O salto qualitativo no domínio da informação permite a alguns qualificá-la como um novo *fator de produção*, que distinguiria ainda mais radicalmente os países que a possuem dos que a não possuem.

Logicamente, os países que possuem a tecnologia da informação procuram protegê-la, desenvolvê-la e valorizá-la perante os outros, impondo esquemas de proteção que vão desde a garantia do segredo até valores de troca desproporcionados.

Podemos exprimi-lo da maneira mais radical: quem domina a informação domina o mundo.

Por isso o controlo da informação é cada vez mais a preocupação dos Estados, agora, através de meios indirectos e subtis que se revelam muito mais eficazes que os anteriores.

A sociedade da informação é assim uma sociedade que brota tendo ínsita uma contradição fundamental. Nasce sob a égide de uma comunicação universal e nesse sentido igualitária, mas na base de uma posição profundamente desequilibrada no tocante ao domínio sobre a informação.

2 O DIREITO DE AUTOR INERENTE À UTILIZAÇÃO INFORMÁTICA DE OBRAS EM LINHA

Como se coloca neste ambiente a problemática do direito de autor?

Baseamo-nos sempre em meios de comunicação entre computadores. São transmitidos sinais. Esses sinais trazem codificadas mensagens. O conteúdo dessas mensagens pode ser uma obra intelectual.

Se essa obra intelectual é protegida pelo direito de autor, pergunta-se como se assegura a sua protecção. Problema paralelo se suscita aliás em relação a prestações protegidas por direitos conexos ao direito de autor. Mas vamos fixar-nos no que este respeita, por o direito de autor continuar a ser figura paradigmática.

Começamos por distinguir radicalmente duas situações: o uso privado e a utilização pública da obra.

Se uma obra é transmitida digitalmente, entre terminais privados, temos um mero **uso privado**: nunca chega a suscitar-se a problemática da utilização pública. Ora, o direito de autor consiste essencialmente num exclusivo de utilização pública da obra. O uso privado escapa-lhe, salvas as exceções que a lei preveja e que não nos interessam aqui.

A questão surge realmente em caso de utilização pública: ou seja, quando uma obra é colocada em rede, de tal maneira que a ela pode aceder um número indeterminado de pessoas. A experiência, hoje generalizada, do acesso à Internet dispensa-nos de especificar mais as condições em que isso pode acontecer

O grande problema técnico-jurídico neste domínio foi o de determinar como se realiza a protecção da obra que é deste modo tornada acessível.

Se é o próprio autor quem coloca a obra em rede ou em linha, exerce uma faculdade que ninguém lhe contesta. Pode

até fazê-lo renunciando ao exercício dos seus direitos; ou pelo menos deixando a obra ostensivamente aberta à vista de todos, com o que implicitamente renuncia a qualquer remuneração pelas utilizações que se fizerem.

Porém, esclareçamos desde já que o *fato de a obra estar patente ou estar criptada é, pelo ponto de vista do direito de autor, irrelevante.*

Mesmo que a obra esteja criptada, ela continua à disposição de pessoas indeterminadas, desde que satisfaçam as condições de acesso.

Ora, colocar a obra assim em rede é algo que todos entendem que só se pode fazer com o consentimento do autor. O direito de autor outorga uma universalidade de faculdades, conducentes a atribuir ao autor o exclusivo de utilização pública da obra. O terceiro que colocasse a obra em rede sem autorização estaria seguramente invadindo o exclusivo reservado ao autor.

Mas qual é concretamente a faculdade, compreendida no direito de autor, que não é respeitada ao fazer-se semelhante utilização?

A questão é instante, quer no plano interno quer no internacional.

No plano interno porque, embora se atribua ao autor a generalidade das faculdades de utilização pública da obra, a determinação da faculdade concretamente em causa não é irrelevante. Porque varia o regime jurídico a que cada faculdade está submetida.

No plano internacional a dificuldade é maior. As faculdades que são internacionalmente asseguradas são típicas: são

apenas aquelas que estejam especificadas em convenção internacional. Era pois necessário saber se a utilização das obras em rede atingia alguma das faculdades previstas; e, no caso negativo, disciplinar a nova faculdade que deveria ser atribuída.

A generalidade das opiniões expendidas a este propósito propendeu no sentido de considerar que a utilização informática das obras era já vedada pelas convenções vigentes, pois corresponderia a alguma das faculdades típicas já internacionalmente previstas.

Assistiu-se porém a uma divisão impressionante: quase todas as faculdades já previstas foram invocadas. Não houve nenhum entendimento entre os autores sobre o tipo de faculdade que estaria em causa.

Sabe-se que o direito patrimonial do autor compreende essencialmente três tipos de direitos, ou faculdades:

- de reprodução
- de distribuição
- de comunicação ao público.

Pois de todas elas se falou.

Falou-se de reprodução, invocando as figuras meramente técnicas de reprodução que o ingresso na memória do computador implicaria.

Falou-se de distribuição, não obstante a distribuição se referir necessariamente a exemplares, portanto a objectos materializados. Foi esta a posição dos Estados Unidos da América; e mais estranhamente ainda a da Comunidade Europeia, que defendeu tratar-se de direito de aluguer!

Falou-se enfim de comunicação ao público, embora a noção de “público” até então utilizada nada tivesse que ver com o acesso assíncrono e individualizado que a colocação em rede proporciona.

Porquê esta tão grande disparidade e estes ilogismos?

Porque quem se pronunciou demonstrou mais oportunismo que isenção científica. Procurou-se fazer entrar à força a nova figura num dos tipos conhecidos para poder daí tirar a conclusão que já anteriormente a protecção internacional era obrigatória e estava assegurada. Quer dizer, procurava-se desta maneira dar eficácia retroactiva à protecção, sem se confessar que assim se fazia.

Na verdade, porém, esta forma de utilização não estava até então internacionalmente prevista, Do que se tratava era da criação de uma faculdade nova. O que não deixou também de ser sustentado por uma forte corrente de opinião.

3 O DIREITO DE COLOCAÇÃO EM REDE À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO

A solução internacional da questão surge com o Tratado de Direito de Autor da OMPI, de 20 de Dezembro de 1996; bem como, no que respeita aos direitos conexos, com o Tratado da OMPI da mesma data, sobre artistas intérpretes ou executantes e sobre fonogramas.

Tomando como básico o Tratado sobre Direito de Autor, o texto-chave é o art. 8, que tem por epígrafe: “Direito de comunicação ao público”. E deste teor: “Sem prejuízo das disposições dos artigos 11 1) (ii), 11 *bis* 1) (i) e (ii), 11 *ter* 1) (ii), 14 1) (ii) e 14 *bis* 1) da Convenção de Berna, os autores de

obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a colocação à disposição do público das obras, de maneira que membros do público possam ter acesso a estas obras desde um lugar e num momento que individualmente escolherem”.

Temos portanto, logo a uma primeira vista, três características:

- a não especialização do regime da utilização informática de obras; esta vem referida a título de ilustração de um regime geral
- a integração no direito de comunicação ao público
- a definição do núcleo essencial como um direito de colocação a disposição do público das obras.

Esclarece-se depois, muito à medida da transmissão eletrônica que na realidade se tinha em vista, que essa colocação à disposição é feita de maneira que membros do público possam ter acesso a essas obras em tempos e de lugares distintos.

Portanto, o momento que é tomado como decisivo é o da colocação da obra à disposição do público; é sobre esse que deve recair a autorização do autor. Mas acrescenta-se que esse direito se integra no direito de comunicação pública.

A primeira parte é verdadeira; a segunda não.

É verdade que o que há de autónomo é o acto prévio de autorização, sem o que a obra não pode ser colocada em base de dados ou de qualquer outro modo posta à disposição do pú-

blico. Este acto é independente de qualquer utilização. E um acto instrumental em relação à prevista utilização pública, mas não pode fazer-se sem autorização do autor. E pois este acto, e não a transmissão, ou a distribuição, ou a reprodução, que devem representar o cerne da tutela.

Mas já não é verdade que esse acto represente uma modalidade de comunicação ao público.

Só há comunicação ao público, por natureza, quando há um acto de comunicação. Um acto de comunicação é um acto voluntário, com o fim de comunicar. Supõe por natureza um comunicante e um destinatário da mensagem.

Mas na colocação em rede à disposição do público não há nada disto. Tudo se esgota com o próprio acto de colocação em rede. Qualquer acto de transmissão posterior é já, em termos de direito de autor, irrelevante. É muito nítida a posição da lei: o decisivo é a própria colocação em rede à disposição do público. Esse acto é reservado por si, ainda que nenhuma transmissão subsequente se tenha ainda realizado.

Por que procedeu então assim o Tratado? Por várias razões, em que se inclui a vontade de consagrar uma previsão genérica de um direito de comunicação pública, que não constava da Convenção de Berna. Manifesta-se a tendência ampliativa, própria dos actuais instrumentos internacionais. Mas sobretudo, para como dissemos criar a ilusão de que aquela actividade estava já reservada, e com isso propiciar a aplicação retroactiva nos Estados membros.

Tem ainda outro efeito: integrando plenamente esta actividade no direito de comunicação pública, o Tratado permite a aplicação a esta situação das restrições que se aplicavam ao direito de comunicação pública e dispensa-se de criar restri-

ções adequadas à nova situação, de colocação da obra em rede à disposição do público.

O resultado é profundamente insatisfatório. As restrições previstas na Convenção de Berna não respeitavam ao direito de comunicação em geral, que não estava nela prevista. Respeitavam a modalidades específicas de comunicação ao público, como a representação, a radiodifusão, e assim por diante. São figuras muito diferentes da colocação em rede à disposição do público, pelo que não terão aqui directa aplicação.

Por outro lado, o Tratado dispensa-se de prever restrições adequadas. É certo que o art. 10 permite, parcamente, que se criem “limitações e exceções”. Mas as indicações que o Tratado desse seriam, neste domínio, muito importantes.

4 A INTEGRAÇÃO NO DIREITO DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO

Quer dizer porém da qualificação feita, do direito de colocação em rede à disposição do público como um direito de comunicação ao público? Será vinculativa, na ordem jurídica interna?

Não é, justamente porque se trata de mera qualificação. O legislador interno, acatando a Convenção, tem de observar todos os efeitos jurídicos que decorram da qualificação realizada; mas não tem de assumir a qualificação em si. Está na liberdade de cada parte estruturar os seus próprios quadros jurídicos fundamentais.

Neste sentido, a lei brasileira dos direitos autorais (Lei nº 9.610/98, de 19 de fevereiro), procedeu correctamente, adoptando as suas próprias qualificações. Sem entrar na inter-

pretação das disposições desta lei, o que é seguro é que a colocação da obra em rede à disposição do público não é integrada no direito de comunicação ao público. Podemos concordar ou não com as qualificadas adoptadas; o que não podemos é afirmar haver discrepância entre a lei brasileira e os tratados, por aquela ter escolhido uma própria qualificação.

É curioso observar que esta situação não se repete no outro tratado da OMPI da mesma data, respeitante a interpretações ou execuções e a fonogramas. Aí já se fala simplesmente no direito de colocar à disposição, sem relacionar esse direito com o direito de comunicação ao público. A razão é facilmente apreensível: não se quis dar aos titulares de direitos conexos um direito de comunicação ao público, que pela sua vastidão seria excessivo. Tudo se cifra na consagração do direito de colocar à disposição, sem a qualificação forçada como direito de comunicar ao público, e portanto sem arrastar consigo qualquer dos efeitos que dessa qualificação pudessem resultar.

De todo o modo, temos fixado o ponto fundamental: o direito básico de que goza o autor no ciberespaço é o de que colocar a obra à disposição do público por meios informáticos. O decisivo é logo o momento inicial, de introdução da obra no sistema. Com isso o autor parece ter uma posição bem tutelada e ocupar o lugar central: uma vez que outros intervenientes, nomeadamente os produtores, ou são omitidos, ou se lhes reserva um lugar bem mais modesto.

Talvez não seja porém assim, na realidade. Subsistem numerosos problemas, visíveis logo que aprofundamos a posição no direito de autor no funcionamento efectivo da rede.

Desses problemas, vamos seleccionar cinco grandes sectores:

- I - Direito de autor e exploração empresarial
- II - Direito de autor e diálogo cultural
- III - Direito de autor e acesso condicionado
- IV - Direito de autor e informação sobre os direitos
- V - Direito de autor e liberdade de informação.

I DIREITO DE AUTOR E EXPLORAÇÃO EMPRESARIAL

5 A REVERSÃO DA TUTELA DO AUTOR PARA O EMPRESÁRIO

Um observador desprevenido estranhará o extraordinário incremento da proteção do autor que se tem verificado nos últimos tempos

Nomeadamente na Comunidade Europeia, depois de longos anos em que a matéria não foi objecto de atenção, deu-se na década de 90 uma escalada da proteção do autor. Foi seu lema a harmonização; na realidade, o seu objectivo era simultaneamente levar aos mais altos níveis a proteção do autor.

O observador ficará surpreso. A Comunidade Europeia é uma comunidade económica; a cultura é a última das preocupações que manifesta. Porquê então este desvelo extremo pela tutela do autor?

E a surpresa ainda aumenta quando verificamos que, no mesmo diapasão fundamental, os Estados Unidos da América têm ampliado sucessivamente a proteção do autor, levanta-

do-a a novos domínios. O movimento é aliás universal no que respeita às nações mais desenvolvidas.

Afigurando-nos melhor, vemos que este movimento toca apenas o lado patrimonial do direito de autor. De direitos pessoais praticamente não se fala. Os Estados Unidos da América aderiram à Convenção de Berna, mas continuam sem prever sequer a proteção dos direitos pessoais ou “morais” de autor. A Comunidade Europeia realiza o movimento de harmonização mas adia sempre a harmonização dos direitos pessoais, não obstante as grandes disparidades existentes nesse domínio entre os seus membros: a França e o Reino Unido representam os extremos.

Na realidade, a proteção que se realiza não é a proteção da criação intelectual: é a *proteção do investimento*.

O autor só aparentemente tem o protagonismo, porque os direitos que lhe são concedidos se destinam a reverter para as empresas chamadas de *copyright* — ou seja, as empresas que fazem a exploração de obras intelectuais.

Tal como, por outro prisma, os artistas só são protegidos para que se dê ensejo a que a mesma proteção seja imediatamente aplicada aos produtores de fonogramas — que são puros empresários, e como tal deveriam ocupar uma posição muito diferenciada.

Como se dá esta transformação do direito do autor em direito da empresa?

Através da atribuição originária ou derivada às empresas dos direitos de quem cria por conta de outrem, nos países que o prevêem; ou através da transmissão, como cláusula na

prática fatal, do direito de autor à empresa de copyright, no contrato de exploração da obra.

Nalguns países europeus a situação não é tão clara, nomeadamente naqueles que proíbem uma transmissão global do direito de autor, como a Alemanha. Mas o resultado, no final, não é muito diferenciado. À empresa beneficia sempre do exercício útil dos direitos que formalmente são atribuídos ao autor. Portanto, quanto mais direitos se outorgam ao autor, de mais direitos desfruta a empresa.

Por isso se compreende a expansão do direito de autor a obras que o não justificam; como os programas de computador, que não são a expressão livre de uma criação intelectual, mas a expressão vinculada de um processo.

É que a proteção outorgada pelo direito de autor é a mais extensa de todas, de entre os direitos intelectuais. O recurso ao direito de autor significa que a empresa se reservou para si a maior tutela, de entre as atribuídas aos direitos intelectuais.

A razão que se dá para esta proteção acrescida está na neces: sidade de proteção do investimento.

A razão é verdadeira, O investimento tem de ser protegido. Particularmente em relação a actividades de ponta, que importam grandes investimentos, e não poderiam ficar depois sujeitas ao aproveitamento parasitário por terceiros.

O que se contesta não é porém a proteção do investimento: é, sim, que essa proteção se faça através do direito de autor

O que está mal não é a proteção do investimento: é a hipocrisia do discurso autoralista contemporâneo. Invoca-se Beethoven, para tudo reverter afinal para Bill Gates.

A proteção directa do investimento só excepcionalmente é realizada. O caso mais flagrante é o do chamado direito *sui generis* atribuído ao produtor da base de dados.

Nos outros casos, porém, a proteção dá-se através da apropriação do direito de autor. Amplia-se a tutela deste, invocando-se a proteção da criatividade, para afinal tudo se atribuir à empresa. O que significa que a empresa beneficia de uma tutela que foi criada e estruturada com finalidade diversa. Há uma distorção de todo o regime legal.

E chegamos assim ao que caracteriza a realidade presente. Fala-se muito na tutela do autor, mas na realidade quem se visa proteger é o empresário. O empresário é já hoje o beneficiário principal da proteção formalmente atribuída ao autor.

6 AUTOR E EMPRESA NO CIBERESPAÇO

Como é natural, esta situação verifica-se também na exploração das obras literárias e artísticas em rede informática.

Suponhamos o caso normal, de uma obra integrada numa base de dados com acesso em linha.

Para se fazer essa integração foi necessário o consentimento do autor. Foi assim exercido o direito de colocação da obra em rede à disposição do público.

Porém, a partir desse momento o autor apaga-se.

Salva a hipótese improvável de cláusula particular em contrário, constante do contrato, a exploração vai ser realizada exclusivamente pelo empresário da base de dados, utilizando os meios informáticos que permitem o acesso ao público:

O que significa também que daí por diante já não há propriamente um exercício do direito de autor. O exercício do direito de autor! esgotou-se com a autorização para a colocação em rede. A exploração efectiva da obra origina contratos como quaisquer outros, mas não contratos de direito de autor; tal como por exemplo a compra de um bilhete para uma sessão de cinema não é um contrato de direito de autor.

De fato, os actos posteriores não representam negócios de direito de autor.

Não o representa a *transmissão* que se faça, da base de dados para o terminal que o solicite, Não há aliás nenhuma faculdade de transmissão, compreendida no direito de autor; não há, no conteúdo do direito de autor, um direito de transmissão, no sentido de faculdade de autorizar a transmissão tecnológica. Aliás, quando o autor admite que a obra fique à disposição do público admite implicitamente o acio técnico de transmissão. Nenhuma nova autorização é pois necessária para a transmitir.

Também não há que falar em qualquer direito emanado da *comunicação da obra ao utente*.

Tomemos por exemplo a visualização da obra no computador do destinatário. Não há aqui nenhum acto de comunicação que necessite de ser autorizado. Desde logo porque não há comunicação ao público. A visualização faz-se em privado, supõe-se, e escapa assim ao direito de autor.

Tão-pouco a reprodução nos induz a adoptar posição diversa.

Reprodução tem um sentido técnico em direito de autor: é a produção de exemplares ou cópias, a partir de um original.

Por extensão, foi-se ampliando de modo a cobrir a própria fixação de obras. E um sentido espúrio, que não é ainda o geral do direito de autor português.

Mas procurou-se ir mais longe, e abranger as próprias “reproduções” tecnológicas, invisíveis ao olhar humano, que surgem na comunicação informática de obras. Assim, a entrada da obra num computador provocaria uma reprodução na memória deste. E houve quem procurasse, como se disse, assentar a tutela do direito de autor neste acto de reprodução.

Tudo isto deveria agora ser posto de lado. Assente que o acto central protegido é a colocação da obra à disposição do público, as reproduções meramente tecnológicas deixam de relevar. Estão abrangidas pela autorização primária dada pelo autor — mesmo esquecendo que, na generalidade, representam actos de uso privado.

A reprodução pode assim retomar o seu sentido originário, de produção de exemplares, que nunca deveria aliás ter abandonado. No domínio informático, interessa apenas quando, obtido o acesso à obra em rede, se produzem exemplares. Tudo o resto são realidades distintas. Por isso, os Tratados da OMPI de 1996 não falam em reprodução.

Infelizmente, outra foi a atitude da Comissão da Comunidade Europeia. Na proposta de directriz sobre o direito de autor na sociedade da informação surge um muito complexo jogo de restrições/permissões sobre a reprodução tecnológica, que tem afinal o sentido de conceber a reprodução tecnológica como acto reservado. Parece-nos lamentável esta fobia de cercar todos os espaços de liberdade.

Como não é este porém o direito atual, podemos concluir que todos os actos de comunicação informática subsequentes à colocação da obra em linha à disposição do público são livres.

Estas conclusões são muito importantes, Delas deriva que toda esta fase fica afinal fora dos umbrais do direito de autor Há relações negociais, entre o produtor e os utentes, mas não há relação de direito de autor.

É claro que a todo o momento pode haver violação do direito de autor, a partir da obra que foi comunicada. O utente pode indevidamente reproduzi-la e comercializar os exemplares. Tal como pode comunicá-la ao público, por sua vez.

Mas isso pode qualquer um fazer, desde que tenha acesso à obra, mesmo fora do meio informático. Posso multiplicar e vendero livro que adquiri: nem assim a compra do exemplar passa a ser contrato de direito de autor. Nenhuma alteração a esta situação normal surge pelo fato de se estar perante uma obra intelectual que foi transmitida por rede informática.

E daqui derivam ainda outras consequências.

Se os contratos subsequentes não são contratos de direito de autor, as suas violações também não respeitam ao direito de autor, mas ao direito geral dos contratos.

E actos de aproveitamento por terceiros que possam surgir, em relação à obra disponível na base de dados, não trazem ou podem não trazer ilícito autoral. Isso veremos melhor adiante, ao falar no acesso reservado à base de dados.

II DIREITO DE AUTOR E DIÁLOGO CULTURAL

7 A “CAÇA ÀS EXCEÇÕES”

A defesa da cultura faz-se com a liberdade, e não com a proibição.

A afirmação pareceria desnecessária, mas não é. Quando hoje se vem falar de cultura, frequentemente é apenas como pretexto para novas imposições a título de direito autoral.

Mas os direitos intelectuais representam exclusivos, e portanto restrições do espaço de liberdade.

A sua justificação está no estímulo e recompensa pela criação que o autor realizou. Devem por isso ser tão breves quanto possível, para se poder chegar ao ideal que é a liberdade do diálogo cultural.

E não só isto. No direito de autor, tal como correctamente foi entendido no início do século passado, há uma forte componente de interesse público. Durante todo o tempo de vigência do direito de autor, o seu conteúdo deve ser moldado de maneira que a satisfação dos seus objectivos se faça com o menor prejuízo possível de outras finalidades, nomeadamente de ordem cultural.

Isso é possível porque não há nenhum direito “absoluto”, no sentido de insusceptível de qualquer limitação; e o direito de autor também o não é. Todo o direito é um complexo de poderes e deveres, em que as várias finalidades se ajustam no sentido da sua composição óptima

No direito de autor essas finalidades ou interesses são múltiplos, pelo que se impõe particularmente a necessidade da sua composição. Há o interesse público, o interesse dos órgãos públicos e o interesse do público, que são realidades distintas entre si. Há o interesse do autor e o interesse das empresas. Há o interesse da cultura muito em particular.

A conciliação faz-se através dos limites ou restrições ao direito de autor. Fala-se impropriamente de exceções, sem motivo: porque tão normal é o conteúdo positivo do direito de autor como o negativo.

E por isso de supor que em cada concreta manifestação normativa do direito de autor vejamos manifestarem-se com igual acuidade as preocupações proteccionistas do autor e outros intervenientes, expressas em regras positivas, e as que emanam de outros interesses envolvidos, expressos em restrições.

Infelizmente, assistimos a uma evolução decepcionante.

O hiperliberalismo selvagem em que vivemos manifesta-se, no domínio do direito de autor, pelo que se chamaria a “Caça às exceções”. Toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade — quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a “propriedade” deixaria de estar submetida às exigências da função social.

A Comunidade Europeia, dentro do prisma economicista que a caracteriza, participa deste espírito. Nos seus documentos o combate a todas as restrições é cada vez mais intenso.

Esse combate atinge o seu ponto máximo justamente na proposta de directriz sobre a sociedade da informação.

Era de supor que a consagração de um novo direito, o direito de colocação em rede à disposição do público, implicasse a elaboração de regras restritivas específicas, que contemplassem adequadamente interesses distintos dos do autor, levando a uma composição equilibrada. Os tratados da OMPI permitiam uma concretização nesse sentido.

Mas não foi nada disto que se passou. Verificamos com desgosto que não há uma única restrição nova prevista, adequada à salvaguarda de qualquer interesse a preservar. Só se considera o interesse do autor/empresário. O esforço de concretização duma realidade nova ficou por fazer.

Pior do que isso, porém.

A proposta de directriz consagra uma tipificação taxativa das restrições que são admissíveis.

De fato, o art. 5 da Proposta, depois de definir no nº 1 sempre restritivamente, as possibilidades de reproduções tecnológicas fixa taxativamente as “exceções” admissíveis aos direitos de reprodução (nº 2) e de comunicação pública (nº 3). Acaba assim com toda a maleabilidade neste domínio, que sempre existiu sob a égide da Convenção de Berna.

E mais ainda: no nº 4 estende a todas as restrições a cláusula geral que figurava no art. 9/2 da Convenção de Berna, limitada ao direito de reprodução. Neste, não havia lista de restrições admissíveis ao direito de reprodução, mas fixava-se uma cláusula geral que as enquadrava. Agora, para as faculdades fundamentais há lista taxativa de exceções e além disso, uma cláusula geral limitativa.

É lamentável que assim se proceda. As restrições ao direito de autor permitem a adaptação constante deste direito

as condições de cada época. Agora, não só não se prevêem as restrições adequadas à evolução tecnológica como se impede toda a adaptação futura. O direito de autor torna-se rígido, insensível a todo o devir.

Mas há sempre possibilidade de piorar o que é mau. A proposta de directriz foi enviada ao Parlamento Europeu e voltou de lá consideravelmente agravada neste aspecto.

Todas as restrições previstas são passadas a pente fino, no sentido de se limitar ainda mais o espaço de liberdade.

Estamos assim a viver em pleno regime de harmonização-prisão. Fora de qualquer necessidade de harmonização tendo em visia O mercado interno, o Parlamento Europeu é o espaço em que os lobbies andam à solta, procurando arrancar para si pedaços sempre maiores, à custa do interesse público e do espaço de autonomia de cada país.

É interessante acrescentar que o Senado alemão, o Bundesrat, que tem uma participação importante no processo de aprovação a tratados, já se pronunciara abertamente em 27 de Março de 19 contra o desequilíbrio da proposta original. Acentuou que O a de autor deve impedir que, através de uma protecção reforçada do autor, os direitos exclusivos funcionem como obstáculos ao aproveitamento das obras e a um livre intercâmbio de informação E propôs a eliminação das als. 2e 3, com a sua enumeração taxativa, : a sua substituição pela cláusula geral contida nos tratados da OMPI.

Resta pois ainda uma esperança de que o resultado não seja tão mau como a ameaça.

III DIREITO DE AUTOR E ACESSO CONDICIONADO

8 O ACESSO CONDICIONADO COMO DIREITO DO PRODUTOR

Passou a despertar um grande interesse na construção de sociedade da informação a problemática do acesso condicionado a obras disponíveis em rede. Os tratados da OMPI incluíam já uma prevista destinada a proteger os dispositivos tecnológicos que asseguram asi e acesso condicionado (arts. 11 do Tratado sobre Direito de Autor e 18 do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas),

Compreende-se a importância desta matéria, pois a exploração económica das obras em rede seria praticamente vá se não houvesse a garantia do acesso condicionado¹⁰⁹.

A proposta de directriz da Comunidade Europeia sobre o direito de autor na sociedade da informação reforça esta previsão, no art. 6, sob a epígrafe incolor “Obrigações relativas a medidas tecnológicas”.

Dá-se a circunstância de, simultaneamente, estar em curso de aprovação outra proposta de directriz da Comunidade, a proposta de 9 de Junho de 1997, sobre a protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicionado. A tramitação de ambas as directrizes tem sido paralela.

¹⁰⁹ É céptico em relação à criptagem ou codificação das obras André Lucas, *Le droit d'auteur et les droits voisins dan la Societé de l'Information: besoin de continuité, besoin de changement?*, em “Actes” da Conferência “O Direito de Autor e os Direitos Conexos na Aurora do séc. XXI”, Comissão Europeia, Florença, 1996, 33 e segs. (40)

À razão que se dá para a dualidade está no objecto protegido. Num caso, reage-se contra a violação do direito de autor; no outro, contra uma forma de acesso não autorizado, em que seria o produtor ou empresário que seria defendido.

Esta justificação não é, a nosso ver, convincente.

O objectivo de ambas as propostas é exactamente o mesmo: assegurar a reserva de acesso, sancionando actividades que têm como fim ou como resultado eludir os dispositivos de protecção. Uma directriz, alegadamente referente ao direito de autor, alarga-se assim a problemas que na gíria comunitária são chamados problemas horizontais; respeitam ao direito de autor como respeitam a outras matérias ainda¹¹⁰.

Mas nem sequer é verdade que, na disciplina desta matéria, o que esteja em causa seja a tutela do direito de autor

Se o fulcro da protecção do autor está no direito de colocação em rede à disposição do público, a entrada não autorizada na base de dados em linha, por exemplo, não representa violação do direito de autor; tal como não representa violação do direito de autor, para manter O mesmo símile, a entrada sorrateira num cinema sem pagar bilhete.

O autor já autorizou que a obra fosse colocada à disposição do público. A penetração não autorizada na base de dados não viola o direito de autor: viola o direito do produtor de manter reservado o acesso.

¹¹⁰ Contraditoriamente com o que se passa noutros domínios como no da responsabilidade pelo conteúdo das mensagens em rede. Esta matéria, que pode afectar o direito de autor, foi contemplada antes na proposta de directriz sobre comércio electrónico, de 1998, por essa responsabilidade poder surgir em campos que nada têm que ver com o direito do autor.

Em consequência, o problema é apenas o problema geral do acesso condicionado. Por isso o conteúdo das duas propostas de directriz é praticamente idêntico; e onde é diferente não há justificação para a diferença, porque não há razões materiais que o justifiquem.

É claro que o autor pode estar também interessado em que o acesso continue reservado. Pode ter até estipulado que a contrapartida da autorização seria função do rendimento obtido com a exploração da obra. Mas esse é um interesse prático, e não jurídico. O seu direito foi já antes exercido e está satisfeito. O invasor da base de dados não viola o direito de autor, mas sim O direito do produtor.

E com isso revela-se-nos algo mais, na ambígua postura do direito de autor na sociedade da informação. Nestas hipóteses, não há ser quer tutela do autor que, afinal, reveria em benefício do produtor; há antes tutela directa do produtor, sob a alegação (inexacta) de que se violam obras protegidas pelo direito de autor¹¹¹. E o produtor, agora, quem ocupa directamente o primeiro plano.

E como tanto faz que haja ou não obras protegidas, porque o que se torna decisivo é haver uma restrição de acesso, temos de reconhecer que, em tudo isto, não só o autor se apaga: *apaga-se também o próprio direito de autor*.

O que interessa, na sociedade da Informação, é que o produtor seja remunerado. Haver ou não obras protegidas dentro do conteúdo transmitido tornar-se-à secundário, porque as remunerações serão normalmente por tempo ou avença, abs-

¹¹¹ Só excepcionalmente o produtor será o próprio titular do direito intelectual em causa: por exemplo, na hipótese de ser violado o direito *sui generis* do produtor da base de dados.

traindo do conteúdo da mensagem transmitida. Só em hipóteses especiais, quando se pactuar a uma remuneração específica por categoria de obras, o fato de se tratar de obra protegida pode ainda ter algum significado.

Mas não é só por a remuneração do acesso se fazer por obra que o direito de autor influi nela. O acesso a uma sinfonia clássica pode fazer-se nas mesmas condições que O acesso a obra contemporânea, não obstante aquela sinfonia não ser obra intelectual protegida.

Tudo se baralha, pois. O problema jurídico da sociedade da informação é o problema da tutela das próprias mensagens em rede. Ao autor cabe autorizar a integração da obra em rede mas a seguir perde todo o significado. A proposta de directriz, referindo embora o direito do autor, serve materialmente a proteção do produtor.

IV DIREITO DE AUTOR E INFORMAÇÃO SOBRE OS DIREITOS

9 A IDENTIFICAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DAS OBRAS

O panorama é afinal muito semelhante quando passamos a considerar outro ponto que está igualmente no centro dos debates contemporâneos: a chamada informação sobre os direitos.

Estão em curso de aperfeiçoamento mecanismos que permitam o conhecimento informático preciso das utilizações de obras literárias e artísticas que efectivamente se realizem. Por

exemplo, pode fazer-se a “tatuagem” eletrônica das obras em rede, de maneira a que através desta seja sempre conhecido o número, tempo e local de utilizações efectivamente realizadas.

Já os Tratados da OMPI prevêm esta matéria¹¹²; e ela é retomada na proposta de directriz sobre a sociedade da informação, no art. 7.

Nesta prevê-se, com considerável desenvolvimento, a repressão de toda a forma de supressão ou alteração de informações sobre a gestão eletrônica de direitos, bem como a distribuição ou utilização de qualquer modo de cópias em que essa supressão ou alteração tenha sido realizada.

Acrescente-se que o art. 8 da mesma proposta impõe sanções e meios de execução adequados para a infracção de todas as previsões da directriz, o que abrange assim também o que respeita, quer às medidas tecnológicas”, quer à “informação para a gestão de direitos”.

Aqui temos uma zona que foi saudada como muito benéfica para os autores. Eles passariam a poder controlar efectiva e directamente a utilização que das suas obras fosse feita. Disse-se mesmo que o autor retomava o protagonismo que os meios de utilização de massa lhe tinham feito perder, em benefício das entidades de gestão colectiva. Nomeadamente, passariam a poder gerir directamente os seus direitos, sem recorrer à intermediação daquelas.

Tudo isto porém é muito relativo.

As grandes esperanças postas nestes mecanismos não parecem susceptíveis de concretização a curto prazo.

¹¹² Art. 12 do Tratado sobre direito de autor e art. 19 do Tratado sobre interpretações ou execuções e fonogramas.

A dispensabilidade das entidades de gestão colectiva não está à vista. A pluralidade de utilizações continuará a impossibilitar a gestão individual.

Na realidade, o grande benefício está no surgimento de uma possibilidade de controlo que até aqui não existia. Actualmente, o autor está sujeito sem possibilidade de comprovação às informações que utentes e entidades de gestão colectiva lhe fornecem. Agora, passará a ter a possibilidade de averiguar da sua veracidade.

Mas o principal está, quanto a nós, em saber se é verdadeiramente O autor quem é o principal beneficiário desta protecção.

Por razões análogas às que expusemos a propósito dos dispositivos tecnológicos, concluímos que também aqui é protegido, em primeira linha, não o autor, mas sim o produtor.

O autor, como dissemos, tem o papel fundamental de autorizar que a sua obra seja colocada em linha à disposição do público. Mas a partir daí, apaga-se. O agente, exclusivo ou pelo menos principal, da exploração das obras disponíveis em linha, é o empresário ou produtor. E ele quem presta serviços ou disponibiliza obras em rede e é remunerado em contrapartida.

É sobretudo o produtor quem precisa de saber com precisão quais as utilizações que forem realizadas. Esta tecnologia permite-lhe uma informação que doutra maneira não receberia.

A esta exploração o autor é fundamentalmente alheio. Saiu da cena quando autorizou a colocação da obra em linha.

Com isto o direito de autor esgotou-se em relação àquela utilização. Quem tem a titularidade daquela faculdade

é o empresário que a adquiriu. E nessa qualidade que realiza a exploração económica da obra. Mas os contratos que celebre de utilização em rede não são já contratos de direito de autor.

Ainda se podem distinguir duas situações:

- a) o autor que cedeu a obra foi remunerado por quantia fixa;
- b) o autor é remunerado, total ou parcial, por uma percentagem variável consoante as receitas ou lucros obtidos.

No primeiro caso o autor deixa de estar patrimonialmente interessado na exploração efectiva da obra.

No segundo, o autor tem interesse na determinação da exploração efectiva. As informações eletrónicas sobre a utilização dos direitos são contabilizáveis. O desenvolvimento do sistema permitirá o incremento de contratos deste tipo.

Mas também aqui, trata-se de aspectos gerais dos contratos e não de faculdades compreendidas no direito autoral. A relação não é mais autoral; respeita só à contrapartida.

Em qualquer caso, o verdadeiro beneficiário é o produtor. E tanto é assim, que val poder recorrer ao sistema, mesmo quando não há obra protegida pelo direito de autor.

E óbvio que a “tatuagem” pode também ser utilizada quando nenhum direito de autor está em jogo. Por estes processos, o produtor fica em condições de apurar com precisão a utilização efectiva de obras ou prestações, seja qual for o conteúdo ou a tutela autoral destas.

Vemos assim que o tema é apresentado como relativo à proteção do autor. Mas mais uma vez temos o que se chama

um problema horizontal: é aplicável a todas as utilizações em rede, haja ou não obras protegidas, que sejam o seu conteúdo.

Também por este lado se intensifica o ocaso do direito de auto! A proteção da obra intelectual torna-se um acidente, porque o que está em primeiro plano é a proteção das prestações em rede do produtor.

10 A DESPROTEÇÃO DO PÚBLICO

Toda esta problemática vem acompanhada de grandes perigos. Não nos podendo deter mais nestes pontos, limitamo-nos a um apontamento

O produtor assinalará as obras protegidas, suponhamos; e cobra-se particularmente por essa utilização.

E se a obra deixar de ser protegida, por exemplo, porque caducaram os direitos exclusivos?

E se a obra não estiver na realidade protegida?

E se a obra estiver protegida nos termos do direito do país do produtor, mas não nos termos da ordem jurídica em que é utilizada”?

O consumidor/destinatário não tem defesa nenhuma. Está sujeito às determinações de quem controla a utilização da obra em rede.

Subtilmente, o produtor não afasta só os direitos dos autores. Afasta também o Direito de Autor vigente nas ordens jurídicas de destino. Passa a ser o produtor quem impõe a lei.

Poderia, nesses casos, ser permitida a utilização de chaves ou instrumentos que neutralizem a informação sobre a uti-

lização do direito. Mas é de prever que a directriz cerceará de toda a maneira essa possibilidade¹¹³.

Eis pois novos domínios de preocupação, particularmente para países predominantemente receptores de mensagens como Portugal. Mas no fundo — para quase todos os países do mundo, também.

V DIREITO DE AUTOR E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

11 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E OS SEUS ANTI-CORPOS

Sejam-nos permitidas algumas reflexões finais, em que relacionamos o panorama jurídico a que chegámos com a sociedade da informação em que se enquadra.

Temos perante os olhos uma sociedade em que a informação ocupa um lugar central. Isto representa em si uma homenagem ao espírito, permitindo ao homem elevar-se às potencialidades da sua natureza racional e ficando com melhor base para a realização da sua personalidade. E dá à sociedade novos meios para vencer os desafios do tempo presente, nomeadamente a injustiça e a exclusão que em tão vastos domínios a caracteriza hoje. Não há que insistir neste ponto, que é óbvio.

E todavia, quando reflectimos, não podemos deixar de exprimir alguma angústia, que nos leva a perguntar se a sociedade da informação não traz também ínsito o seu contrário.

¹¹³ Tal como no domínio paralelo dos dispositivos tecnológicos de acesso.

E assim:

1 – A sociedade da informação não será também a sociedade da A desinformação?

A manipulação a que a informação é constantemente sujeita não traduzirá que o fluxo da informação é já prevalentemente canalizado para a deturpação da verdade?

O que se passa sob os nossos olhos, no que respeita à guerra na Jugoslávia, não traduz este fenómeno no que respeita a todas as partes em presença? Nas próprias nações democráticas liderantes a manipulação é sistemática, sem que se siga nenhuma reacção das altas autoridades para a comunicação social ou entidades análogas. Desinforma-se e não se passa nada. Está tudo conforme com a liberdade de informação.

2 – A sociedade da informação não será também a sociedade do excesso de informação?

A informação que nos assalta de todos os lados não terá excedido a medida das capacidades humanas?

Informa-se por informar, acumulando dados que o homem não é mais capaz de assimilar. Acumula-se informação inútil que domina o homem, em vez de ser dominada por ele.

E isto é tanto mais grave quanto é certo que sobre-informar é uma das maneiras de não informar. Na informação empresarial, por exemplo, já se descobriu há muito tempo que ampliar em extremo o volume da informação é uma das melhores formas de fazer passar despercebida a informação essencial. Com a própria informação se evita que os destinatários fiquem afinal informados.

3 – A sociedade da informação não será, por outro lado, a sociedade da redução da informação?

A massa ingente da informação não acaba por ser reduzida às mesmas fontes ou às mesmas orientações? Os próprios acontecimentos que se propalam a nível mundial não são os mesmos, seleccionados por critérios uniformes ou fornecidos pelos mesmos canais?

A globalização acarreta consigo esta redução da informação disponível, porque só vale como tal o que estiver conforme com certos padrões vigentes.

Na realidade, está em risco a pluralidade antes verificada. A diversidade deixou de interessar, ou só se mantém em nichos de informação cuja subsistência é ainda problemática.

A copiosidade da informação é assim compatível com uma considerável redução do seu âmbito.

4 – A sociedade da informação não será também a sociedade da monopolização da informação?

Um grande princípio da nossa sociedade é o da liberdade da informação. A informação é livre; quem quer a toma, onde ela se encontrar, e utiliza-a como entender. Isto era considerado básico para a participação sem entraves de todos no diálogo social.

Mas esta, como outras liberdades, está sendo objecto de corrosão contínua.

No domínio do direito autoral surge o chamado direito sui generis sobre as bases de dados. Este é, decididamente, um direito cujo objecto é o próprio dado informativo. A informação

passa a ser objecto de direitos, de modo que a sua utilização fica reservada ao consentimento do produtor ou empresário da base de dados — para além evidentemente da limitação já representada pelo próprio acesso condicionado a essa base.

Mas não há apenas isto. A concentração, a nível mundial, das empresas de comunicação — e, muito mais vastamente, das empresas da sociedade da informação — faz formarem-se grandes blocos, que dominam a comunicação e a informação disponível.

Esse movimento está em marcha, sem que nenhuma atitude esteja a ser tomada, a nível global da disciplina da sociedade da informação, para o contrariar. Muito pelo contrário: no próprio âmbito do direito de autor se combatem ferozmente restrições admitidas pela Convenção de Berna, no sector de radiodifusão por exemplo, que visavam afastar o abuso de entidades que houvessem adquirido para si posições monopolísticas.

Temos assim que, insensivelmente, da informação livre se passa à informação apropriada ou dominada por grandes conglomerados. Onde havia liberdade passa a haver espaços cada vez maiores de dominação. A informação torna-se objecto de comércio privado e tem o destino de toda a mercadoria.

Isto significa também que a hora do dealbar da sociedade da informação pode ser também a hora do crepúsculo de uma liberdade “fundamental: a liberdade da informação.

12 CONCLUSÃO

Às vezes, quando ouço as justificações dos economistas, pergunto se estes não serão os profetas do passado. Expli-

cam tudo, mas não prevêem nada. A crise do Extremo Oriente? Tinha de acontecer, dado o endividamento das empresas e outros fatores mais... Mas ninguém a previu. Faz-se profecia do passado.

Mas nós, os juristas, não estaremos afinal a viver à tentação de ser os profetas do presente?

Não tendemos demasiadamente hoje a explicar e comentar o que acontece, e com isso a sacralizar, apresentando-a como dado irreversível, uma evolução em marcha? Não tomamos fatores como a globalização como dogmas, apresentando como fatal um sentido histórico, e fazendo assim perder de vista a alternativa que está ínsita em todo o acontecer?

O futuro está sempre em aberto. Não é função do jurista ser o arauto do que acontece, mas sim ser um construtor do equilíbrio dos fatores que sirva verdadeiramente a sociedade em que se insere.

Limitando-se a explicar o que acontece, o jurista é um “profeta do presente”. Trai a verdadeira função profética ou de construção do futuro, que lhe cabe desempenhar.

BIOGRAFIA



José de Oliveira Ascensão nasceu em Luanda, Angola, no dia 13 de novembro de 1932.

Licenciou-se em julho de 1955, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal, onde também doutorou-se em ciências histórico-jurídicas, em 1962 com a tese *As Relações Jurídicas Reais*.

Exerceu bravamente a advocacia, desde 24 de outubro de 1956.

Como professor catedrático jubilaado da Faculdade de Direito de Lisboa, construiu uma sólida carreira ao longo das décadas, seguido de uma profícua e constante produção acadêmica, com obras referenciadas no mundo inteiro, na área da Teoria Geral do Direito e posteriormente no Direito Autoral.

Em terras brasileiras, foi professor da UFPE (Universidade Federal de Pernambuco) na década de 1970, realizando diversos trabalhos acadêmicos junto a outras renomadas instituições de ensino como a Universidade Federal do Paraná – UFPR e Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Estima-se um acervo com mais de 350 obras publicadas, nos mais diversos idiomas, sendo que nos últimos anos de sua atuação e produção acadêmica, dedicou-se aos estudos dos temas do direito autoral, da propriedade intelectual e da concorrência desleal.

Exerceu cargos de presidente da Gestautor - Associação de Gestão Coletiva de Direito de Autor e da Associação Portuguesa de Direito Intelectual, bem como de representante permanente de Portugal no Comité Permanente da União de Berna.

Independente da área de atuação, o Professor Ascensão, para sempre será reconhecido e lembrado pelo seu brilhantismo, inteligência e generosidade, não só pelo importante contributo científico dado à Academia ou pelas numerosas gerações de alunos que passaram pelos bancos de suas classes, ou ainda por todos àqueles que são estudiosos da área e de áreas afins, mas principalmente pela imensa alegria e amizade de poder conhecer e conviver com um ser humano de personalidade ímpar.

Falecido em 06 de março de 2022, o Professor Ascensão deixa um legado para a história das ciências jurídicas, como um dos mais célebres professores e jurisconsulto luso-brasileiro dos últimos tempos.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. *In: ADOLFO, Luís Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos, (Coord.). Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao P.^o Bruno Jorge Hammes.* Juruá (Curitiba), 2006, 113 s. (127).

ASCENSÃO, José Oliveira. *A pretensa “propriedade” intelectual.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, n. 20, p. 243–261, jul./dez., 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A questão do domínio público. *In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Estudos de Direito de Autor e Interesse Público: Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público.* Fundação Boiteux. Florianópolis. 2008. Disponível em: http://www.direitoautoral.ufsc.br/arquivos/anais_na_integra.pdf Ascensão, José Oliveira. *Direito Autoral*, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, n.os 249 e 250.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Autoral*, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, n.os 264 e 265.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor sem autor e sem obra. *In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (org.). Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Studia Juridica 91 - Ad Honorem 3. Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof, Doutor António Castanheira Neves. Vol. I: Filosofia, Teoria e Metodologia.* Coimbra: Coimbra, 2008. p. 87-108.

ASCENSÃO, José Oliveira. Direito de autor no ciberespaço, *in “Portugal-Brasil ano 2000”,* BFDC, 40, Coimbra Editora, 1999, 83-103; *Revista da EMERJ* (Rio de Janeiro), vol. 2, n.º 7, 1999, 21-43; e *RDR* (Renovar), n.º 14, Mai.-Ago. 1999, 45-64. Está publicado nas nossas colectâneas *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação,*

Almedina, 2001, 149-171, e *Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Estudos*, Forense, 2002.

ASCENSÃO, José Oliveira. Direito Intelectual, exclusivo e liberdade. *Rev. Ordem Advogados* (Lisboa), ano 61-III, Dez/01, 1195-1217; e *Revista da ABPI* (São Paulo), n.º 59, Jul/Ago 2002, 40-49.

ASCENSÃO, José Oliveira. Domínio público e patrimônio cultural. In: ADOLFO, Luís Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos, (Coord.). *Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao P.º Bruno Jorge Hammes*. Juruá (Curitiba), 2006, 113 s. (127).

ASCENSÃO, José Oliveira. En torno al dominio público de pago y a la actividad de control de la administración en la experiencia portuguesa. In: VIDE, Carlos Rogel, (Coord). *Colección de Propiedad Intelectual*, REUS / AISGE, Madrid, 2005, p. 269-287.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3a. edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, n.os 313 e 329.

ASCENSÃO, José Oliveira. *O Direito de Autor e a Internet. Em particular as recentes orientações da Comunidade Européia*. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/02/ASCENS%C3%83O-J.-Oliveira.-O-direito-de-autor-e-a-internete.-Em-particular-as-recentes-orienta%C3%A7%C3%B5es-da-comunidade-europeia.-2008-1-1.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2022.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito intelectual em metamorfose. *Revista de Direito Autoral*, ano II, n. IV, p. 12, fev. 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O “Fair Use” no Direito Autoral*. Direito da Sociedade e da Informação – Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

ASCENSÃO, José Oliveira. O futuro do “direito moral”. In: *Em torno a los derechos morales de los creadores*, AISGE/REUS, 2003, 249-271; *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 54, Jan-Mar. 2003, 47-67; e *Revista da ESMAFE* (Recife), vols. 7/8, n.ºs 16/17, Jul.-Dez. 2002-Jan.-Jun. 2003, 377-408.

ASCENSÃO, José Oliveira. Prefácio. In: DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, XIII a XVIII.

ASCENSÃO, José Oliveira. Sociedade da Informação e mundo globalizado. In: *Globalização e Direito*, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2003, 163-179; *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n.º 22, 1.º semestre de 2002, 161-182, e *Propriedade Intelectual e Internet*, Curitiba, Juruá Editora, 2002, 15-31.

BARBOSA, Denis Borges. *Domínio Público* cit., 4.3.5.

Center for Internet and Society da Stanford Law School, *Open Code and Open Societies* (v1.0). Palestra em Software Livre, Tutzing, Alemanha, 1º de junho de 2000. Disponível em: <http://cyberlaw.stanford.edu/lessig/content/000164.shtml>. Acesso em: 05 jun. 2022.

Code and the Commons, conferência pronunciada na Fordham Law School em 9.II.99.

CORNISH, W. R. *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 3.ª ed., Sweet e Maxwell, 1996, 11.39 e segs.

DAVIES, Gillian. *Copyright and the Public Interest*, HC Studies, VCH, Weinheim / Nova Iorque, 1994, p. 54, 57, 58, 60 e 68.

FRANÇA. Tribunal de Apelação de Paris de 31.III.04, in RIDA 202, Out. 2004, 292.

HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito de Propriedade Intelectual*, 3.ª ed. Porto Alegre: Unisinos, 1996, n.º 281.

JEHORAM, Herman Cohen. *Some principles of exceptions to copyright, in Urheberrecht Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, C. H. Beck (Munique), 2001, 381-388.

LESSIG, Lawrence, *El Código y otras Leyes del Ciberespacio* (trad. Castellana), Taurus Digital (Madrid), 2001, 12.

LUCAS, André. *Le "triple test" de l'article 13 de l'Accord ADPIC*, na mesma *Festschrift*, 422-433, dedicado à análise do Relatório do Grupo Especial da OMC "Estados Unidos – Art. 110/5 da Lei sobre o direito de autor".

LUCAS, André. *Le droit d'auteur et les droits voisins dan la Societé de l'Information: besoin de continuité, besoin de changement?*, em "Actes" da Conferência "O Direito de Autor e os Direitos Conexos na Aurora do séc. XXI", Comissão Europeia, Florença, 1996, 33 e segs. (40).

LUCAS, André; LUCAS, H. J. *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 2.^a ed., Litec (Paris), 2001, n.º 343.

MANSO, Eduardo Vieira. *Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações*. São Paulo, J. Bushatsky, 1980.

NEVES, Castanheira. *Uma perspectiva de consideração da comunicação e o poder – ou a inelutável decadência eufórica*, em "Estudos de Direito da Comunicação", Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 2002, págs. 89-105.

NIMMER, Raymond T. *Napster and the "New" Old Copyright*, Cri 2/2001, 46-49 (46).

Nós próprios reagimos com um artigo: *Domínio público remunerado: um passo em falso*, publicado no "Expresso" de 3.V.80, pág. 14.

O art. 8 da Lei brasileira n.º 9610, de 19.02.98

PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 534 nt. 937 e 518 e segs.

PORTUGAL. Dec.-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro, sobre o regime aplicável à oferta de acesso condicional aos serviços de televisão, de radiodifusão e da sociedade da informação, que transpõe a Diretriz n.º 98/84/CE, de 20.XI.

REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*, 14.^a ed., C. H. Beck, 2006, § 41 II, n.º 535.

SEGADE, J. Gómez. *Desafíos de futuro para el Derecho de Autor en la EU*, in "Actas de Derecho Industrial", XXII (01), 275-284 (281).

Sentença de 31.III.04, publicada na *Revue Internationale de Droit d'Auteur (RIDA)*, 202 (2004), 292.

SILVA, José Afonso da, *Ordenação Constitucional da Cultura*, São Paulo: Malheiros, 2001, V, n.º 8.

Sonny Bono Copyright Term Extension Act de Outubro de 1998.

VIDE, Carlos Rogel. De los limites a las infracciones del derecho de autor en España. In: BOSCH, J. M. *Estudios sobre Propiedad Intelectual*, Editorial Reus, 1995, 137-154.

VISSCHER, Fernand de; MICHAUD, Benoît. *Précis de Droit d'Auteur et des Droits Voisins*. Bruxelas: Bruylant, 2000, n.os 114, 115 e 167.

Esta obra póstuma de José de Oliveira Ascensão, advogado, jurista luso-brasileiro e professor, nascido em Luanda, Angola, no dia 13 de novembro de 1932, trata-se de um projeto do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI, contemplando os seus principais escritos sobre Direitos Intelectuais e os desafios diante das novas tecnologias da informação e comunicação que foram escritos publicados em vida, que são de extrema importância para o estudos da propriedade intelectual no século XXI.

Assim, com o intuito de prestar-lhe uma homenagem ao professor Ascensão que muito contribuiu para a formação de gerações de pesquisadores aqui no Brasil, realizamos também a tradução dos seus escritos em inglês, para propiciar-lhe uma amplitude maior de difusão do seu pensamento, nos escritos tão relevantes para as compreensões e interpretações fundamentais para todos os estudos de Direito Civil tendo como obra prima o “Manual de Introdução ao Estudo do Direito”, e os estudos na área dos Direitos Autorais.

Contudo, no transcorrer da elaboração deste projeto de livro, de compilação, de revisão e atualização dos originais para publicação em português e inglês, fomos tomados pela notícia do falecimento de nosso querido professor, em 06 de março de 2022. Porém, somente com a autorização dos familiares do professor Ascensão é que se tornou possível continuarmos e, assim conseguirmos finalizar a presente obra, agora com uma gratidão maior, como uma homenagem a essa pessoa maravilhosa que nos legou em seus livros compreensões singulares e interpretações fundamentais para o estudo da Teoria do Direito, e principalmente dos Direitos Autorais.

Trata-se de uma obra fundamental para os estudos dos Direitos Intelectuais e imprescindível para a interpretação jurídica da Sociedade Informacional, que revela toda a força e profundidade do pensamento do professor José de Oliveira Ascensão.

Publicação:

IODA
INSTITUTO OBSERVATÓRIO
DO DIREITO AUTORAL

ISBN 978-65-994368-7-1



9 786599436871