JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

DIREITO DE AUTOR *VERSUS* DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO?

Separata

ESTUDOS EM MEMÓRIA DO PROFESSOR DOUTOR
ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS
VOLUME I – 2005

ALMEDINA

Simples lembrança e homenagem de

J. Oliveira Ascensão

DIREITO DE AUTOR *VERSUS* DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO?

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO: 1. Um caso paradigmático: o caso Napster; 2. As repercussões da revolução informática; 3. A disciplina das operações em rede; 4. A redução das potencialidades da internet; 5. O ataque ao uso privado: o intercâmbio de ficheiros musicais; 6. O "processo contra a cidade".

1. Um caso paradigmático: o caso Napster

Vamos partir de um caso de todos conhecido, porque ilustra o percurso a ser trilhado.

O desenvolvimento tecnológico permitiu o intercâmbio de ficheiros através da internet. Por meio do programa designado MP3 pode fazer-se a comunicação de conteúdos sonoros, nomeadamente música. Programas análogos foram desenvolvidos posteriormente para possibilitar o intercâmbio de ficheiros audiovisuais.

Os conteúdos transmitidos podem consubstanciar obras musicais ou outras; mas também podem não consistir em obras de nenhuma categoria (trechos de um jogo de futebol, por exemplo). A nova tecnologia representou um grande avanço, permitindo formas muito mais aperfeiçoadas de comunicação.

Mas suscitou a reacção por parte de entidades de gestão colectiva de direitos autorais, particularmente dos produtores de fonogramas. Foi invocada a violação de direitos autorais que tais práticas implicariam. O procedimento tecnológico entrou em choque com a estrutura jurídica de protecção do direito de autor.

Na base estava a ameaça financeira que representava a possibilidade de as obras serem descarregadas de modo praticamente gratuito de utente para utente. Isso foi apresentado como um dano das gravadoras, ou pelo menos como um lucro cessante[1].

Mas o intercâmbio de conteúdos, de terminal para terminal, pode ser um acto de *uso privado*. Sob reserva do aprofundamento posterior, avançamos que em termos de Direito Autoral o uso privado é tendencialmente livre, porque o direito respeita como regra à exploração *pública* de obras.

Isto obriga a esclarecer qual o modo técnico de funcionamento do sistema.

A empresa particularmente em causa, a Napster, não disponibilizava ela própria as obras musicais em causa. A sua prestação consistia em localizar os ficheiros disponíveis em rede para intercâmbio. Seria depois o interessado quem, de posse dessa informação, realizava por si a operação de descarga.

Isso não foi considerado suficiente pela jurisprudência norte-americana que acabou por prevalecer. O argumento principal foi encontrado no prejuízo que essa prática trazia para as gravadoras. No *common law*, ao contrário do que acontece no nosso sistema, o prejuízo causado a outrem na vida comercial é um elemento de ponderação autónomo do *fair use*[2]. Admitido esse prejuízo, a prática foi considerada ilícita.

No que respeita ao audiovisual, a situação era ainda mais radical. O prestador de serviços em rede não localizava sequer os ficheiros disponíveis. Limitava-se a fornecer aos interessados um programa de computador adequado. Na posse deste, cada utente podia localizar o que desejava e obter a transferência. Se tudo era realizado exclusivamente pelo utente, tudo poderia limitar-se ao exercício de uso privado. Mas a questão não chegou a ser sequer debatida ou especificamente configurada. A decisão teve por bastante considerar aplicável ao audiovisual quanto se dissera para o intercâmbio de ficheiros musicais, nomeadamente por extrapolação da valoração feita com base no prejuízo.

[1] Veja-se por exemplo uma descrição completa do desenvolvimento do caso e do debate jurídico em William Fisher / Christopher Yang, *Peer-to-Peer Copying*, que pode ser encontrado na internet.

[2] Cfr. o nosso *O "fair use" no Direito Autoral*, *in* Revista da ABPI (São Paulo) – XXII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, Anais 2002, 94-101; *in* Revista Forense, 365, 73-83; e *in* "Direito da Sociedade da Informação", vol. IV, APDI/Coimbra Editora, 2003, 89-106, 4, n.º 4. É um dos factores a ter em conta, para determinar se uma utilização é ou não *fair*.

Como é natural, a evolução subsequente fez-se no sentido de levar à diluição do que havia de específico no sistema operado pela Napster e em sistemas análogos. A Napster procurou subsistir através de acordos com os titulares de direitos. Acabou por ser vendida e procura actualmente relançar-se através de um esquema de descargas pagas.

Destes episódios extraem-se sumariamente estes resultados:

1. Reforçou a orientação segundo a qual o ciberespaço está sujeito às mesmas regras que o espaço comum.
2. Restringiu possibilidades tecnológicas de actuação.
3. Reduziu o âmbito do uso privado.
4. Contribuiu por outro lado para uma diminuição dos preços praticados na disponibilização de obras musicais e audiovisuais na internet.

2. As repercussões da revolução informática

Para colocar devidamente a questão, observemos que a revolução informática teve um impacto profundo neste domínio.

Perante uma situação tão sem analogia com os meios de exploração económica até aí disponíveis, pôs-se a questão da subordinação dos instrumentos digitais ao Direito Autoral existente.

À corrente radical, que sustentava que o ciberespaço é um espaço livre do Direito, opôs-se a corrente radical antagónica: o Direito existente aplicava-se à informática tal qual, sem necessitar de adaptação[3].

Historicamente, esta última corrente foi sempre levando vantagem, porque as empresas e as entidades de gestão colectiva em que se apoiava dominavam as alavancas do poder.

Veremos adiante os vários passos desta evolução e a influência que teve sobre as próprias tecnologias de acesso à informação e à cultura e sobre os usos consentidos destas.

3. A disciplina das operações em rede

A expansão do Direito Autoral prolonga-se agora na disciplina das operações realizadas em rede.

[3] Cfr. sobre esta matéria o nosso *Propriedade Intelectual e internet*, *in* Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n.º 60, Jul-Set/04, 68-86.

Começa-se pela possível qualificação do próprio sítio como uma base de dados. Se assim se admitir (o que está ainda em debate), ele será objecto dum direito de autor; e além disso, o seu conteúdo estará protegido pelo chamado direito *sui generis* do fabricante da base de dados, nos países que o admitem[4].

Nas próprias operações de navegação na rede se divisou o exercício de direitos autorais.

Muito importante é o que respeita aos *hipernexos*, ou às *hiperconexões* em geral. Se eu primo a tecla sobre a referência que surge no visor salientada no texto, sou transportado (aparentemente) para outro sítio[5]. O estabelecimento da hiperconexão representará exercício de faculdades compreendidas no direito de autor? Se o representar, está sujeito à autorização do titular do sítio *ad quem*[6].

Destas pequenas ilustrações resulta exuberantemente o objectivo de proteger todas as manifestações informáticas através do Direito Autoral. E a razão é simples. O Direito Autoral dá a protecção mais ampla que se conhece no domínio dos direitos intelectuais. Mais ainda, dá protecção automática (não depende de registo ou qualquer outra formalidade) e não obriga a desvelar dados sobre o processo em causa, permitindo manter o segredo. O titular do programa de computador, por exemplo, é protegido sem ter de revelar o código-fonte do seu programa. Pode assim nunca chegar a ser revelado, nem mesmo passados 70 anos após a morte do autor! É o contrário do que se passa na patente, em que o exclusivo atribuído é a contrapartida da revelação feita à comunidade do teor da invenção, de maneira a poder ser executada por terceiros quando o exclusivo findar.

Esta extensão abriu brechas profundas no edifício, até hoje relativamente coerente, do Direito Autoral. Limitamo-nos a um breve apontamento.

---

[4] Que praticamente se confundem com os países do espaço económico europeu.

[5] Ou para outra página do mesmo sítio, mas esse aspecto é irrelevante para o que nos ocupa.

[6] Ou seja, do sítio de destino daquela hiperconexão. Cfr. sobre toda esta matéria os nossos *Hyperlinks, frames, metatags – a segunda geração de referências na Internet*, *in* Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação, Associação Portuguesa de Direito Intelectual / Almedina, 2001, 199-218; *in* Direito da Internet e da Sociedade da Informação – Estudos, Forense (Rio de Janeiro), 2002; *in* Direito, Sociedade e Informática – Limites e perspectivas da vida digital, Colecção Fundação Boiteux, Florianópolis, Nov. 2000, 135-147; e *in* Revista da ABPI (São Paulo), n.° 49, Nov/Dez 2000, 22-30. Cfr. também a nossa *A liberdade de referências em linha e os seus limites*, *in* Rev. Ordem Advogados (Lisboa), ano 61-II, Abr/01, 499-528; *in* Rev. Fac. Dir. Lisboa, XLII (2001), n.° 1, 7-27; e *in* Rev. Forense, ano 97, vol. 358, Nov-Dez/01, 59-74.

Dissemos atrás[7] que a orientação que via na informática um campo de aplicação do Direito Autoral clássico triunfou em toda a linha.

Mas esse triunfo não se operou sem distorções profundas, que se verificaram não só no uso dos meios informáticos como na própria estruturação do Direito de Autor.

Acompanhámos as várias fases deste processo. Logo a modalidade inicial, consistente na qualificação como obras de produtos meramente técnicos, implica uma violentação das bases do direito de autor.

Vejamos um exemplo. Embora os programas de computador estejam hoje protegidos em todo o mundo por um direito de autor, resta-nos a liberdade intelectual de discordar. O programa de computador é a expressão obrigatória dum processo, não um texto em que manifesto a minha criatividade. Não há criatividade nenhuma: se altero algo no texto, o programa fica incorrecto. É por isso falso dizer-se que o programa é obra literária, para justificar a outorga de uns absurdos 70 anos de protecção pós-morte.

4. A redução das potencialidades da Internet

Esta evolução é ainda acompanhada pela redução maltusiana das potencialidades de aproveitamento das novas tecnologias.

Progride-se muito rapidamente no conhecimento de técnicas que inibem a realização de certas funções. Tal como no mundo material se vendem discos que são insusceptíveis de reprodução, assim no ciberespaço se reduzem as utilizações que a técnica possibilita.

Certos conteúdos não podem ser reproduzidos, ou só o podem ser uma única vez.

Ou limita-se o número de vezes que uma música pode ser ouvida.

Ou apuram-se sistemas que impedem a transferência de ficheiros.

Tudo parece de facto caminhar para soluções técnicas que implicam uma redução maltusiana das potencialidades da tecnologia[8].

---

[7] *Supra*, n.° 2.

[8] Vejam-se hoje em Portugal os novos arts. 217 a 222 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovados pela Lei n.° 50/04, de 24.VIII, que transpõem para a ordem jurídica portuguesa o art. 6 da Directriz n.° 01/29, de 22 de Maio. Pelo art. 221 numerosas limitações aos direitos exclusivos são praticamente suprimidas na internet, uma vez que não é autorizada para o seu exercício a neutralização de dispositivos tecnológicos de protecção. Assim acontece, impressionantemente, com o próprio direito de citação.

A indústria informática ofereceu alguma resistência. Mas hoje anunciam-se planos que levarão a que estas limitações fiquem radicalmente consagradas.

A Intel promove a TCPA – *Trust Computing Platform Alliance*. A Microsoft propõe-se desenvolver um *software* correspondente, sob a designação de Palladium.

Enaltece-se a segurança que as inovações trarão. Fala-se em informática fiável (ou de confiança, ou confiável). Mas baseia-se numa arquitectura que controla todos os movimentos do utilizador, e portanto num sistema altamente intrusivo[9].

Isto vem acompanhado de uma redução efectiva das potencialidades de utilização da informática. Na realidade, o Direito Autoral (ou o que como tal se afirma) funcionou efectivamente como uma barreira às potencialidades técnicas já disponíveis com os conhecimentos de hoje.

5. O ataque ao uso privado: o intercâmbio de ficheiros musicais

Iniciámos este estudo pela problemática criada pelo intercâmbio de ficheiros musicais. Retomemo-la, fortes do que apurámos até agora.

Sustentámos que a questão não foi equacionada à luz dos dados do sistema em que vivemos. Não se considerou que não havia comercialização de músicas em rede, mas antes um processo que assentava numa troca de ficheiros, o que exigia um enquadramento diferente.

Mas vamos deixar agora de lado este aspecto, para aprofundar outros vectores.

O que nos ensina o desfecho do caso Napster, se porventura for transferível para a nossa ordem jurídica?

Confirma, em primeiro lugar, o que atrás dissemos: a erosão do espaço do uso privado é cada vez mais acentuada. A tónica posta na satisfação de interesses comerciais conduz a um retalhamento cada vez maior dos domínios ainda livres – no caso, o do uso privado.

No ponto de vista económico, os produtores de fonogramas querem manter preços elevados sem a "concorrência" trazida pelas utilizações privadas das obras musicais[10].

[9] Cfr. Ross Andersen, *TCPA / Palladium frequently asked questions*, http://TCPA/Palladium frequently asked questions.

[10] E possivelmente até sem concorrência de qualquer outra espécie. A comercialização de fonogramas é dos ramos mais monopolizados a nível mundial.

Dirigem os seus focos contra os prestadores intermediários de serviços. Conseguem êxitos, mas com a fragilidade de surgirem sempre empresas substitutas a desempenhar a mesma função.

A certa altura mudam de táctica e passam a dirigir-se directamente contra os usuários. Anunciam-se megaprocessos contra aqueles que foram detectados a realizar intercâmbios de ficheiros musicais. Ao mesmo tempo agravam-se cada vez mais as penalidades, de maneira que estas actividades em rede acabam por ser mais duramente reprimidas que actividades no espaço real que têm um desvalor ético muito mais acentuado.

Aqui impõe-se uma pausa para reflectir. Qual foi o delito do usuário?

Se o usuário faz uso privado, trocando ficheiros musicais, como o poderia fazer com livros ou com documentos de escritório, tudo isso deve considerar-se vedado[11]?

É esta a lógica, pelo menos quando o conteúdo desses ficheiros for algum material protegido pelo Direito de Autor. Mas então temos a outra vertente negativa deste processo: estão-se vedando resultados comuns possibilitados pela técnica. Se eu não posso praticar estes actos, a tecnologia de que disponho fica muito aquém daquilo que me poderia facultar.

Dir-se-á: mas está-se a violar o direito autoral! Afirmá-lo representaria porém tomar a conclusão por um pressuposto. Porque justamente o que está em causa é um acto de uso privado, e pergunta-se como pode um uso privado originar uma sanção daquela ordem. Mesmo o ADPIC/TRIPS só vincula os Estados a criminalizar actos de pirataria em relação ao direito de autor numa escala comercial (art. 61).

As medidas repressivas, levadas até este ponto sobre actos de uso privado, perdem substrato ético. São contestáveis até na sua constitucionalidade, por serem desproporcionadas.

Há que procurar um modo de conciliar uma protecção necessária dos titulares de direitos com a liberdade possível dos utilizadores, evitando uma confrontação de que só podem resultar tensão e descrédito permanentes na sociedade. Já hoje, quando se fala em Direito de Autor, as perguntas que nos são dirigidas são sempre referentes à pirataria – como se o único problema do Direito de Autor fosse a repressão dos actos que atingem os interesses dos produtores de fonogramas e outros empresários.

Por outro lado, são os poderes públicos quem fica sobrecarregado com o sistema. Exige-se-lhes que consagrem meios muito onerosos a essa

[11] É obviamente diferente se o acto for instrumental em relação a uma exploração económica da obra.

actividade de repressão, quando estes escasseiam, de modo ostensivo, para finalidades essenciais de segurança da vida do comum das pessoas ou para o fomento da cultura.

6. O "processo contra a cidade"

O encrespar do confronto leva hoje a extremos absurdos.

O preço dos fonogramas e videogramas mantém-se muito elevado. Em Inglaterra, uma comissão oficial de inquérito concluiu que o preço dos CD era três vezes superior ao do disco comum, quando os custos de produção eram idênticos. Há margens difíceis de justificar.

Mas o encarniçamento dirige-se agora, como se disse, contra os utentes. Em Espanha, por exemplo, foi anunciada a denúncia de 95 000 usuários de P2P[12]. É um número completamente louco e fora de qualquer praticabilidade.

Foi há vários anos lançado o título: "Processo contra a cidade". Podemos utilizá-lo aqui. É impraticável uma incriminação de toda a gente. Há que procurar meios alternativos que evitem esta confrontação inglória.

Não é nosso encargo nem nossa competência apontar caminhos. Mas supomos que só poderá chegar-se a uma via do meio. As gravadoras têm de renunciar a parte dos seus lucros (como algumas parece terem já compreendido[13]); os utentes terão em contrapartida de renunciar à total gratuitidade.

Ocupam-nos apenas as descargas de música por intercâmbio de ficheiros através da internet. Neste domínio, só se abandonarmos o beco sem saída em que nos vamos enredando, que não beneficia autores, nem artistas, nem produtores de fonogramas, nem os entes públicos e muito menos o público em geral, será possível chegar a um ponto de equilíbrio.

A linha de equilíbrio não pode deixar de apontar para a conciliação da protecção efectiva dos direitos com a adopção de tecnologias que expandam, em vez de limitar, as potencialidades da rede. Neste sentido, a informação para a gestão dos direitos pode ser alternativa aos esquemas que assentam na redução das potencialidades tecnológicas da rede. A gratuitidade não pode ser elevada a condição do diálogo cultural; mas a redução das potencialidades tecnológicas é uma ameaça efectiva que deve ser esconjurada.

[12] Portanto, de sistemas de intercâmbio de ficheiros directamente pelos usuários.

[13] Efectivamente, foi anunciado um acordo de vários grandes produtores norte-americanos em reduzir os seus preços em um terço.

O sistema só pode ser por isso aceitável se for reformulado, de maneira a evitar estes abusos dum lado e doutro.

Deveriam admitir-se casos de lícita circunvenção destes dispositivos, a exemplo do que se prevê no âmbito das chamadas medidas tecnológicas de protecção, para salvaguardar as situações de utilização lícita e livre dos conteúdos em causa; e deveria denunciar-se a distorção consistente em estender dispositivos fundados na criação intelectual a conteúdos que com esta nada têm que ver.

A notação fidedigna das utilizações, informando que transferências ou descargas foram realizadas, dá a base para a fixação de contrapartidas razoáveis. Permite também diferenciar os utilizadores: não pode estar na mesma posição quem faz uma descarga e quem faz mil. Isto permite abrir um largo leque, da isenção à repressão.

Será talvez a maneira de evitar este transe, em que supomos que nos estamos a obstinar numa estratégia errada.