J. Oliveira Ascensão

O direito de autor no ciberespaço

Ao Marcos Wachowicz,
com a homenagem amiga
de J. Oliveira Ascensão

O direito de autor no ciberespaço*

*J. Oliveira Ascensão***

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 excepções". — 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 desprotecção 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.

O ideal da sociedade de comunicação integral parece estar ao nosso alcance.

* Conferência pronunciada no Congresso Portugal/Brasil Ano 2000, em Coimbra, a 23 de junho de 1999.

** Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa.

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 Européia, 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". É 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 à disposição do público das obras.

Esclarece-se depois, muito à medida da transmissão electrónica 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 público. Este acto é independente de qualquer utilização. É um acto instrumental em relação à prevista utilização pública, mas não pode fazer-se sem autorização do autor. É 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

sucessivamente a protecção do autor, levando-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 protecção 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 protecção que se realiza não é a protecção da criação intelectual: é a *protecção 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 protecção 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. A 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 protecção 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 protecção acrescida está na necessidade de protecção 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 protecção do investimento: é, sim, que essa protecção se faça através do direito de autor.

O que está mal não é a protecção do investimento; é a hipocrisia do discurso autoralista contemporâneo. Invoca-se Beethoven, para tudo reverter afinal para Bill Gates.

A protecção 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 protecção dá-se através da apropriação do direito de autor. Amplia-se a tutela deste, invocando-se a protecção 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 protecção 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 facto, 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 acto 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. É 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 cercear todos os espaços de liberdade.

Como não é este porém o direito actual, 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 vender o 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 facto 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 excepções"

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 *excepções*, sem motivo: porque tão normal é o conteúdo positivo do direito de autor como o negativo.

É 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 excepções". 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 facto, o art. 5 da Proposta, depois de definir no nº 1, sempre restritivamente, as possibilidades de reproduções tecnológicas fixa taxativamente as "excepções" 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 excepções 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 às 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 vista 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 dos tratados, já se pronunciara abertamente em 27 de Março de 1998 contra o desequilíbrio da proposta original. Acentuou que o "direito 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. *2* e *3*, com a sua enumeração taxativa, e 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 previsão destinada a proteger os dispositivos tecnológicos que asseguram esse 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 vã se não houvesse a garantia do acesso condicionado[2].

2 É céptico em relação à criptagem ou codificação das obras André Lucas, *Le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information: besoin de continuité, besoin de changement?*, em "Actes" da Conferência "O Direito de Autor

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.

A 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 ainda[3].

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.

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 explo-

e os Direitos Conexos na Aurora do séc. XXI", Comissão Europeia, Florença, 1996, 33 e segs. (40)

3 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 de autor.

ração 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 sequer tutela do autor que, afinal, reverta em benefício do produtor; há antes tutela directa do produtor, sob a alegação (inexacta) de que se violam obras protegidas pelo direito de autor[4]. É 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-á secundário, porque as remunerações serão normalmente por tempo ou avença, abstraindo do conteúdo da mensagem transmitida. Só em hipóteses especiais, quando se pactuar uma remuneração específica por categoria de obras, o facto 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 protecção 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

4 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.

a "tatuagem" electrónica 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 prevêem esta matéria[5]; 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 electrónica 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.

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. É ele quem presta serviços ou disponibiliza obras em rede e é remunerado em contrapartida.

5 Art. 12 do Tratado sobre direito de autor e art. 19 do Tratado sobre interpretações ou execuções e fonogramas.

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. É 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 electrónicas 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 vai poder recorrer ao sistema, mesmo quando não há obra protegida pelo direito de autor.

É 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 protecção 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 autor. A protecção da obra intelectual torna-se um acidente, porque o que está em primeiro plano é a protecção das prestações em rede do produtor.

10. A desprotecção 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 utilização do direito. Mas é de prever que a directriz cerceará de toda a maneira essa possibilidade[6].

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.

E assim:

1 — A sociedade da informação não será também a sociedade da 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?

6 Tal como no domínio paralelo dos dispositivos tecnológicos de acesso.

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. Explicam tudo, mas não prevêem nada. A crise do Extremo Oriente? Tinha de acontecer, dado o endividamento das empresas e outros factores mais... Mas ninguém a previu. Faz-se profecia do passado.

Mas nós, os juristas, não estaremos afinal a viver a 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 factores 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 factores 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.