ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DO DIREITO INTELECTUAL

DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

SEPARATA DO VOLUME VII

Coimbra Editora

2008

O DIREITO DE AUTOR E A INTERNETE. EM PARTICULAR AS RECENTES ORIENTAÇÕES DA COMUNIDADE EUROPEIA (*)

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

SUMÁRIO: 1. As fases da abordagem do direito de autor na Comunidade Europeia; 2. A legislação comunitária até à directriz sobre bases de dados; 3. O decénio 1994-2004; 4. As restrições ao direito de autor; 5. A transição para uma terceira fase; 6. O retorno à preocupação cultural; 7. A liberdade de expressão e de acesso à informação.

1. AS FASES DA ABORDAGEM DO DIREITO DE AUTOR NA COMUNIDADE EUROPEIA

O modo como a Comunidade Europeia encarou o direito de autor (em que, por simplicidade, incluímos os direitos conexos) variou consideravelmente ao longo dos seus poucos decénios de existência.

Uma primeira fase dir-se-ia prevalentemente de hostilidade. O Tribunal de Justiça, principal actor nesse período, procurou a conciliação; mas considerou os direitos intelectuais pelo prisma de obstáculos à livre concorrência, que representava então o objectivo prioritário. Os direitos exclusivos eram monopólios territoriais (dado o princípio da territorialidade dos direitos intelectuais), que colidiam com a integração comunitária. Foram adoptadas várias formulações que permitiriam a subsistência destes, mas essencialmente com a preocupação de os conter. Poderiam ser salvaguardados ao abrigo da competência dos Estados de regular a propriedade em

(*) Este estudo corresponde a uma conferência que pronunciámos no Congresso da ABDA em São Paulo, em Setembro de 2006. Por representar um esforço de descortinar uma evolução em curso na Europa, da-mo-lo aqui a conhecer ao público português.

geral mas eram controlados de modo a serem compatíveis com a construção do mercado comum (1).

Na segunda fase, há uma inversão de tendência. Avança-se para um mercado único já para 1993, com reforço da integração comunitária. A Comunidade atribui-se competência concorrente com os Estados nas matérias de Propriedade Intelectual (2). A Comissão torna-se o motor das alterações neste domínio, ao sabor dum axioma cuja legitimidade ficou por demonstrar: o direito de autor deveria desfrutar de um *alto nível de protecção* (3). Por isso, as iniciativas da Comunidade Europeia, a partir daí, foram todas destinadas a empolar mais e mais o direito de autor, a pretexto de harmonização.

A oportunidade não foi casual. Processava-se entretanto a explosão informática. Os Estados Unidos da América, após uma oscilação inicial, impulsionaram resolutamente a protecção dos bens informáticos através do direito de autor. Esta era a protecção mais extensa entre os direitos intelectuais; não obrigava a revelar os algoritmos utilizados; e evitava o recurso a meios de protecção *sui generis*, de demorado reconhecimento internacional e duvidosa recepção efectiva nas ordens nacionais.

A Europa, como é habitual, correspondeu à pressão norte-americana, consolidando a hegemonia dos Estados Unidos neste domínio. Superou até a protecção concedida pelos norte-americanos em alguns sectores.

Curiosamente, porém, não foi isto que aconteceu no primeiro embate, travado a propósito das **topografias dos produtos semicondutores**. Foi assinado o Tratado de Washington de 1989 sobre a protecção dos circuitos integrados, mas a posição europeia, que vingaria, não foi a da atribuição dum direito de autor. Adoptou-se uma tutela mista, entre direito de autor e direito industrial. Em consequência, os Estados Unidos da América não se tornaram partes no tratado e assim este não teve o impacto internacional que se almejava.

A Comunidade Europeia já adoptara por si a primeira directriz neste domínio, mesmo anteriormente à conferência diplomática: a Dir. n.º 87/54/CEE,

(1) Paralelamente se passou no domínio da Propriedade Industrial. Cfr., com particular incidência sobre o "esgotamento" dos direitos, Pedro Sousa e Silva, *Direito Comunitário e Propriedade Industrial*, Coimbra Editora, 1996.

(2) Cfr., sobre esta matéria, Luigi Carlo Ubertazzi, *Introduzione al diritto europeo della proprietà intellettuale*, in "Direito da Sociedade da Informação" — VI, APDI / Coimbra Editora, 2006, 29-86.

(3) Tal como aos direitos industriais.

de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores. Essa directriz foi sendo transposta para o Direito interno dos vários países-membros, donde resultou o bloqueio da conferência diplomática.

Esta foi a mais significativa (talvez até a única) manifestação de rebeldia da Comunidade Europeia em relação às posições norte-americanas. A partir daí a Comunidade lançou-se velozmente na imposição aos membros do reforço da protecção dos direitos intelectuais. A oportunidade foi dada pela informática, mas as regras introduzidas abrangeram a totalidade do direito de autor, quer relativo a bens informáticos quer não.

Dissemos que a Comunidade chegou a ultrapassar os Estados Unidos da América. Isso verificou-se na atribuição do chamado direito *sui generis* sobre as bases de dados.

As bases de dados, veremos, foram consideradas objecto do direito de autor. Mas além deste direito sobre a base, a Dir. n.º 96/9/CE, de 11 de Março, criou um direito *sui generis* em benefício do que chamou o "fabricante" da base de dados. Descodificando: o "fabricante" é o empresário da base. O direito *sui generis* submete à autorização dele a extracção e reutilização duma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo da base.

Não há que proceder agora à valoração deste direito. Estávamos a referir a evolução do Direito Comunitário de Autor. Este foi-se sempre ampliando, levando a uma protecção cada vez mais forte e unilateral do direito exclusivo. O movimento prolongou-se ainda pelos primeiros anos do séc. XXI.

A partir de certa altura, porém, podemos falar de uma mudança de atitude da Comunidade Europeia. Os objectivos passam a ser outros. Nomeadamente, regressa a preocupação pela livre concorrência, que os exclusivos sucessivamente assegurados estavam colocando em causa.

Procuraremos retratar esta transição. Mas primeiro acompanhemos brevemente a evolução e consumação desta segunda fase, apontando em que se traduziu.

2. A LEGISLAÇÃO COMUNITÁRIA ATÉ À DIRECTRIZ SOBRE BASES DE DADOS

Após a Directriz sobre a protecção de topografias de produtos semicondutores, a grande intervenção comunitária recaiu sobre os **programas**

de computador, através da Dir. n.º 91/250, de 14 de Maio. Os programas de computador são protegidos "enquanto obras literárias". Acolhe-se pois a tutela pelo direito de autor, e não por um direito *sui generis*. A utilização do programa, mesmo para uso privado, é reservada.

Por outro lado, a descompilação é reservada também. A descompilação é a engenharia regressiva, que permite pela análise do programa chegar ao algoritmo ou código-fonte em que o programa se baseia. Observe-se que a proibição de descompilação não está já na lógica de o objecto da protecção ser a expressão do programa, com que se justificara a atribuição do direito de autor sobre este.

Esta orientação generaliza-se, sendo acolhida no ADPIC / TRIPS ([4]) e posteriormente nos Tratados da OMPI de 1996. Mas continua a viver-se um equilíbrio instável. A exigência de criatividade, própria do direito de autor, provoca reacções diversificadas.

Actualmente, tem muita importância o movimento chamado do *software* livre, que vai vencendo tenazes resistências e se impõe sucessivamente nos vários países.

A primeira série de intervenções no domínio do direito de autor é completada por três outras directrizes que não respeitam especificamente ao nosso tema e para que nos limitamos por isso a acenar:

— Dir. n.º 92/100, de 19 de Novembro, sobre *aluguer e comodato e certos direitos conexos*

— Dir. n.º 93/83, de 27 de Setembro, sobre *radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo*

— Dir. n.º 93/98, de 29 de Outubro, sobre *prazo de protecção*.

O grande passo seguinte respeita às **bases de dados**. Foi obra da Dir. n.º 96/9, de 11 de Março.

Embora o que estivesse em causa fosse o regime das bases de dados *electrónicas*, é traçada uma disciplina universal das bases de dados. Estas são apresentadas como *colectâneas*, mas admite-se que o conteúdo destas sejam quaisquer elementos e não necessariamente obras literárias ou artísticas.

Há que distinguir:

— o direito de autor sobre a base de dados

— o direito *sui generis* sobre o conteúdo da base de dados, que referimos já.

([4]) Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual relativos ao Comércio, anexo ao Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio (1994).

A base de dados é protegida pelo direito de autor quando, pela selecção ou disposição das matérias, constituir uma criação intelectual específica (art. 3/1).

O direito de autor sobre a base de dados não tem na prática grande importância. Mesmo assim, a sua admissão traz dificuldades consideráveis.

O critério repousaria na selecção e disposição das matérias. Mas a selecção e a disposição podem representar critérios abstractos. Os mesmos critérios podem por exemplo estar na origem de várias bases relativas às ciências exactas, apenas variando as matérias a que se aplicam. O autor dos critérios é autor de todas as bases que se venham a criar, nas diversas disciplinas? Mas como, se a criação intelectual é uma criação concreta e individualizada? Antes parece haver a formulação dum processo ou esquema para a acção; mas estes não constituem objecto idóneo do direito de autor ([5]).

Por outro lado, há o direito *sui generis* sobre o conteúdo da base de dados, em benefício do "fabricante" da base. Submete ao consentimento deste a extracção e reutilização, dissemos, de todo o conteúdo da base ou duma parte substancial deste. Há uma referência a um *investimento* substancial, ainda que se modere (e complique) a seguir, dizendo-se que este pode ser qualitativo ou quantitativo (art. 7/1).

O conteúdo da base de dados é informação. O direito *sui generis* atribui um exclusivo sobre a informação a um empresário, a título de direito intelectual.

É grave. Representa um direito sobre a informação, quando o princípio é o da liberdade de informação: poderia sempre ser utilizada, desde que se não pratique concorrência desleal. Só a expressão da informação era susceptível de tutela pelo direito de autor. Passa agora a informação a ser objecto dum direito exclusivo dum mero empresário.

Que razão levou a Comunidade a enveredar por semelhante caminho, que não tinha quaisquer precedentes? Supomos que apenas por uma razão contingente: por o Reino Unido não conhecer a figura da concorrência desleal. A extracção de dados alheios para comercializar por conta própria, sem se ter incorrido no investimento que a construção da base implica, constitui concorrência desleal. Como o Reino Unido não prevê esta, foi-se pelo caminho tortuoso do direito *sui generis*.

([5]) ADPIC / TRIPS, art. 9/2, que exclui os processos e os métodos de execução; Lei n.º 9610, de 19 de Fevereiro de 1998 (Lei dos Direitos Autorais), art. 8 I e II.

Este direito levou porém mais longe que a concorrência desleal, lamentavelmente. Também um não concorrente passa a ficar atingido. O estudioso que trabalha sobre dados elaborados por outrem, como todos fazemos porque a informação é livre e a criação cultural representa sempre integração numa sequência, mesmo quando antitética, passa a ficar onerado se os dados que recolher forem considerados parte substancial da base. E todavia, não está a fazer concorrência ao empresário daquela base.

A Comunidade Europeia tentou, logicamente, fazer aceitar o seu sistema pelos outros países. Em vão. A rejeição pelo Congresso dos Estados Unidos deu-lhe o golpe fatal. A Comunidade vê-se ameaçada de ter de dar esta protecção a bases de dados estrangeiras, cujo país de origem não outorga protecção análoga às bases dos países da Comunidade.

Por isso, há um movimento, já no nível do Parlamento europeu, no sentido de rever a directriz sobre bases de dados.

3. O DECÉNIO 1994-2004

Neste decénio levou-se quase ao termo o programa comunitário em matéria de direito de autor e direitos conexos.

Começando por iniciativas que não pertencem ao domínio informático e por isso serão objecto de mera referência, temos:

— Dir. n.º 01/84, de 27 de Setembro, sobre o *direito de sequência* relativo a obra de arte original

— Dir. n.º 04/48, de 29 de Abril, sobre a *tutela (ou aplicação efectiva)* dos direitos de propriedade intelectual ([6]).

Realizam-se também esforços persistentes no sentido de regular a *gestão colectiva* do direito de autor.

Apesar de estas matérias não respeitarem primariamente à informática, as duas últimas não deixam de a atingir.

A *tutela* dos direitos intelectuais aplica-se também aos direitos de autor e conexos que recaem sobre bens informáticos. O reforço da protecção foi grande. A Comunidade tenta ampliá-lo ao domínio penal, não obstante este estar fora da competência comunitária. Apesar de alguns revezes, não desiste.

([6]) Esta directriz é comum, abrangendo também o Direito Industrial (ou Propriedade Industrial).

Quanto à *gestão colectiva*, realizam-se de há longo tempo trabalhos no sentido de uma intervenção geral e profunda. Particularmente no que respeita à informática temos a disciplina do DRM — *Digital Rights Management*, ou gestão informática de direitos. Ainda se não chegou a resultados.

Além de todos estes pontos, a Comissão Europeia iniciou a preparação doutra iniciativa, a que chamou *consolidação do acervo comunitário*. Verificando que as intervenções parcelares apresentavam discrepâncias entre si, preparou uma espécie de pré-codificação do Direito Comunitário de autor — com implicações também no domínio da Internete ([7]).

Era uma iniciativa que extrapolava das competências comunitárias. O Direito Comunitário é um Direito excepcional. Não se destina a constituir um ordenamento integrado e coerente, acima dos ordenamentos dos países, mas a apontar domínios específicos em que a legislação destes deve ser harmonizada para a obtenção das finalidades comunitárias.

A Comissão lançou-se porém por este caminho com dois objectivos não declarados.

O primeiro seria transformar todo o Direito de Autor em competência comunitária: a Comunidade substituiria os países como legisladora. Consequentemente, só ela teria competência para falar nas organizações internacionais, porque a própria Comunidade aderiu já ou prepara-se para aderir como membro pleno a esses organismos, cumulativamente com os países-membros.

A segunda razão consistia em, a pretexto da atribuição de congruência às fontes, aumentar sempre o nível de protecção, nivelando por cima.

São directrizes emitidas especificamente para o domínio informático:

— Dir. n.º 00/31, de 8 de Junho, sobre o *comércio electrónico*

— Dir. n.º 01/29, de 22 de Maio, sobre aspectos do *direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação*

— Dir. n.º 02/58, de 12 de Julho, sobre *a privacidade das comunicações electrónicas*.

A directriz sobre *comércio electrónico* é fundamental, mas será apenas sumariamente referida porque não respeita ao Direito Intelectual. Define o comércio electrónico e os seus agentes, os prestadores de serviços em rede ou em linha; e de entre estes particularmente os prestadores *intermediários* de serviços, como os provedores de acesso e armazenagem

([7]) Outros pretendiam mesmo uma codificação integral.

em rede ([8]). Estabelece (ou antes, limita) a responsabilidade destes. Regula os destinatários como consumidores, nomeadamente em matéria de SPAM (a publicidade não solicitada). É particularmente importante na disciplina da contratação electrónica. As regras desta são vantajosamente aplicáveis a todo o tipo de transações em rede, embora se mencione unicamente o *comércio*.

Também importante, mas não respeitante especificamente ao Direito Intelectual, é a referida Directriz n.º 02/58, de 12 de Julho, sobre *privacidade das comunicações electrónicas*. Agrava a proibição do *spam*, impondo tendencialmente o princípio do *opt in* — condiciona o envio de publicidade não solicitada à aceitação prévia pelo destinatário.

Nesta matéria está um dos pontos de fricção da Europa com os Estados Unidos da América. O país da *privacy* é afinal muito mais tolerante com a invasão da privacidade.

Nuclearmente respeitante ao direito de autor na sociedade da informação é a Dir. n.º 01/29. Apesar de etiquetada como destinada a regular **aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**, esta directriz consolida afinal a regulação comunitária de todo o direito de autor, e não apenas de aspectos relativos à sociedade da informação.

É assim que firma em geral os três grandes "direitos" em que tem sido decomposto o direito de autor:

— direito de comunicação ao público
— direito de distribuição
— direito de reprodução ([9]).

O *direito de comunicação ao público* abrange a disponibilização de obras para uso assíncrono e não localizado por qualquer um. É praticamente a disponibilização na Internete que está em causa, não obstante a apresentação geral que se faz.

O *direito de reprodução* é previsto com uma extensão máxima ([10]), de modo a abranger as meras reproduções tecnológicas, invisíveis ao olhar humano (art. 2). Mas o art. 5/1 introduz o que é apresentado como um limite: as reproduções meramente tecnológicas, que integrem um processo de comunicação, são excluídas do art. 2, em determinadas condições.

([8]) E não portanto os que fornecem conteúdos em rede, que não obstante são também prestadores de serviços em rede.

([9]) Falta a nosso ver o direito de transformação (e o de modificação, na sua vertente patrimonial), mas a falta de autonomização não significa evidentemente que seja desconhecido pela Comunidade.

([10]) Abrangendo os direitos de gravação ou fixação, que eram anteriormente autónomos.

Uma matéria fundamental é representada pelo regime instituído por esta directriz para os limites ao direito de autor. Pela sua importância será objecto dum número à parte.

4. AS RESTRIÇÕES AO DIREITO DE AUTOR

É fundamental a lista taxativa de "limites e excepções" ao direito de autor que consta do mesmo art. 5 (n.os 2 e 3). Apesar de longa, representa um mínimo. *Não se introduzem os limites novos adequados à sociedade da informação e retira-se aos países-membros a possibilidade de o fazerem.*

Ainda por cima, todas as restrições admitidas são submetidas à chamada *regra dos três passos* ([11]). Generaliza-se o critério do art. 9/2 da Convenção de Berna, relativo ao direito de reprodução; mas não se notou que aí este critério qualitativo se impunha justamente por não haver um elenco taxativo de restrições. Dizer, perante um elenco taxativo, que as restrições se limitam a casos especiais, é contraditório, porque todos os casos admitidos são por natureza especiais.

Por outro lado, exige-se que não traga *prejuízo* considerável ao autor. O prejuízo, aqui, seria o menor lucro. O critério do prejuízo é de origem norte-americana: vale por si, como razão contra a admissibilidade do *fair use* ([12]). Mas passou a comandar também o sistema europeu, com que se casa mal.

É fundamental o art. 6, que introduz a *protecção dos "dispositivos tecnológicos"*. Abrangem-se todos os meios técnicos que condicionam o acesso ou que restrinjam a utilização do conteúdo dos sítios, como a codificação, a cifragem e quaisquer outros processos eficazes.

Com isto cria-se um problema muito grave no que respeita à possibilidade de beneficiar das utilizações que o art. 5 declarara livres: o estabelecimento de dispositivos tecnológicos implicaria a abolição dos limites ao direito de autor, porque a posse ou em geral a disponibilidade de quaisquer meios que permitam contornar aqueles dispositivos é proibida.

A directriz responde em dois escalões. Primeiro, *selecciona restrições que devem ser asseguradas aos utentes*, não obstante aqueles dispositivos. É muito

---

([11]) Até a da art. 5/1, relativa às reproduções meramente tecnológicas.

([12]) Cfr. o nosso *O fair use no Direito Autoral*, in Revista da ABPI — 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.

grave: mais de metade das restrições parcimoniosamente admitidas no art. 5 são pura e simplesmente eliminadas em rede. Até o direito de citação! Afinal, o meio de comunicação que se pretende que venha a ser o mais relevante desmente a aparência de liberdade dada pelo art. 5.

No que respeita às restrições admitidas, haveria que organizar este acesso que foi liberado, para quem pretenda beneficiar das restrições asseguradas aos utentes. Dir-se-ia que qualquer pessoa ficaria autorizada a contornar o dispositivo para usufruir dos direitos de utilização outorgados. Mas não é assim. É o titular do dispositivo que o deve facultar. A previsão é vaga e a leitura dos diplomas de transposição mostra que é esta permissão que tende afinal a ficar letra morta.

A lei alemã, no novo § 95 *b*, obriga o titular dos dispositivos tecnológicos a disponibilizar os meios necessários para o utilizador poder beneficiar das restrições admitidas. Se o não fizer, é reconhecida ao beneficiário da restrição uma pretensão nesse sentido. Mas semelhante esquema é notoriamente insuficiente, porque o beneficiário não se pode dar ao luxo de intentar, em caso de recusa, um processo judicial. Basta pensar que na maior parte dos casos as utilizações livres concretizam-se em situações episódicas e despidas de valor económico, ou quase. Ninguém intentará um processo em juízo para usufruir delas. A previsão do limite fica assim a ser um dispositivo vazio.

A lei portuguesa dá um passo em frente. Envereda por uma solução administrativa: obriga o titular do sítio a depositar junto dos órgãos administrativos competentes na matéria as chaves necessárias ao afastamento dos dispositivos. O interessado poderá reclamar o exercício da faculdade junto desse órgão para que este lhe permita o exercício dessa faculdade.

Porém, se o titular do sítio se opuser, o utente terá de recorrer a juízo. Cai-se outra vez numa "não solução".

A única forma eficaz consistiria em atribuir a um órgão administrativo, em caso de discordância, a competência para decidir, num prazo mínimo, se a utilização livre seria disponibilizada ao interessado, mediante a utilização dos dispositivos de circunvenção em seu poder. Quem não estivesse de acordo que recorresse então a juízo. Mas a situação estaria dada *prima facie*, resolvendo a grande maioria dos casos. O que ocorresse em juízo seria já completamente alheio ao órgão administrativo, pois se trataria de um litígio privado como qualquer outro ([13]).

([13]) O grande obstáculo para a aceitação desta proposta está na visão oitocentista e infelizmente ainda corrente da separação dos poderes como uma rígida distinção de conteúdos das funções legislativa, executiva e judicial. Mas não só essa versão de Montesquieu, que pretendia reflectir o sistema anglo-americano, é equivocada desde o início na sua leitura histórica, como a intervenção que se pede ao órgão administrativo não é uma intervenção judicial, porque nada tem que ver com a solução do litígio entre particulares. A intervenção é administrativa, porque destinada a permitir a fluidez da utilização das redes, impedindo que se desenvolvam litígios que atingiriam o interesse público. O órgão administrativo estabeleceria um *status quo* provisório, mas a solução do litígio só poderia resultar dos órgãos judiciais, se a parte que se não conformasse a eles se dirigisse. Este sistema está em vigor em Portugal numa situação paralela, consistente no conflito entre quem coloca conteúdos na Internete e um terceiro que se sinta lesado por estes: cfr. o art. 18 do Dec.-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, sobre comércio electrónico, que confia essa função preliminar à ANACOM (a Autoridade Nacional de Comunicações).

5. A TRANSIÇÃO PARA UMA TERCEIRA FASE

A evolução no sentido do fortalecimento unilateralizado do Direito de Autor na Comunidade Europeia atingiu assim o apogeu.

Mas dissemos já que, após esta segunda fase, vemos delinear-se o que pode chamar-se uma terceira fase (digamos que a partir de 2004). É sempre arriscado tentar etiquetar evoluções recentes e que podem não ser unívocas, mas há pelo menos algumas vicissitudes para que devemos chamar a atenção.

A evolução pode basear-se em aspectos contingentes, como seja a substituição de pessoas em lugares de chefia. Mas baseia-se também em vagas de fundo, como o avanço do neoliberalismo, que leva a encarar com suspeita o excesso de regulação em que a Comunidade se estava emaranhando.

Pode observar-se que o programa de "harmonização do Direito de Autor" na Comunidade tinha chegado ao fim. Do que se previra, apenas ficara por cumprir a harmonização da gestão colectiva. As matérias do direito de sequência e da aplicação efectiva dos direitos intelectuais estavam em vias de transposição pelos países na Comunidade. Isto concorreu para fazer perder vigor à ânsia interventora.

Mas também é certo que os excessos da intervenção eram cada vez mais visíveis. O Direito de Autor passava a ser predominantemente um Direito de protecção dos investimentos, a que se atribuía uma tutela desproporcionada. Por outro lado, o sacrifício doutros interesses sociais era agora gritante. O que se passava com a tutela dos dispositivos tecnológicos de protecção atingia o máximo, pois eliminava todo o equilíbrio na conciliação com objectivos, culturais e outros, socialmente relevantes.

O encerramento dos limites ou restrições do direito de autor num elenco taxativo, destituído de toda a potencialidade de adaptação a circunstâncias novas, pode ter sido o detonador. Mas há uma reconsideração geral e uma decidida e declarada preferência pela adopção de métodos *soft* de intervenção, com a prevalência do recurso a *Recomendações* e outras formas de orientação que não tolhem aos países a possibilidade de desenvolverem os seus próprios esquemas, adequando as linhas gerais comuns à sua situação específica. Descrê-se da vantagem da orientação centralizadora e de rígido legalismo seguida, porque se reconhece que ao fim e ao cabo a "harmonização" empreendida não se traduziu em ganhos de eficiência no sistema do Direito de Autor na Comunidade, não obstante todos os seus custos.

Os objectivos da Comunidade no âmbito do Direito Intelectual são revistos. É abandonada de todo a *consolidação do acervo comunitário*. A Comunidade parece tomar mais a sério o sempre proclamado e tão-pouco praticado princípio da subsidiariedade, não prosseguindo na política de transformar todo o Direito de Autor em competência comunitária.

O mesmo acontece noutro importante domínio em que se trabalhava: o da *gestão colectiva*. O acento passa a recair sobre a *transparência* da gestão pelas instituições implicadas nos vários países, sem todavia perder de vista a repercussão transfronteiras dos actos de gestão. Os esquemas mais ambiciosos de intervenção são abandonados: queda só uma iniciativa sobre gestão colectiva transfronteiras do direito de autor e direitos vizinhos no domínio da música em rede. Adopta-se a forma duma *Recomendação*, a que se poderá seguir regulação unificada se for necessário. Mas o êxito não está ainda à vista.

Não pode deixar de se salientar uma preocupação remoçada com a *liberdade de concorrência*. O empolamento do direito de autor, que na realidade não revertia primariamente em benefício do autor mas das empresas de *copyright*, tinha juncado a Comunidade de monopólios. A concorrência era progressivamente abafada. Isto falseava a integração económica, a um ponto que não podia deixar de causar preocupação.

Lateralmente em relação a esta evolução, mas traduzindo possivelmente um espírito comum, temos o malogro da proposta de directriz sobre *patentes de programas de computador* ([14]). A Comissão Europeia apresentou em 20 de Fevereiro de 2002 uma proposta de directriz que introduziria com obrigatoriedade as patentes de *software*: a "Proposta de Directiva relativa à Patenteabilidade dos Inventos que implicam Programas de Computador" (ou *computer-implemented inventions*).

([14]) Cfr. *supra*, n.º 2. O facto de a alguns programas ter sido, mesmo nos Estados Unidos da América, recusada a protecção pelo direito de autor por não terem criatividade estará na origem da iniciativa da criação duma tutela cumulativa, pela atribuição de patente.

A iniciativa esbarrou porém, primeiro com um veto da Polónia no Conselho da Comunidade, depois com a rejeição definitiva em 2.ª leitura da proposta em 6 de Julho de 2005 pelo Parlamento Europeu. Não houve qualquer evolução desde essa data.

6. O RETORNO À PREOCUPAÇÃO CULTURAL

A cultura sempre foi um parente pobre no "mercado comum europeu". Serve bem para os discursos, mas as iniciativas comunitárias no sector são escassas e desintegradas.

Surpreendentemente, assiste-se a um remoçar da preocupação cultural no interior da Comunidade Europeia. Surgem propostas válidas neste domínio. Tomaremos como exemplo o que respeita às **bibliotecas digitais**.

A Europa tem o maior acervo documental do mundo, de extraordinária riqueza mas em risco de perder-se pela acção do tempo. Surgiu a proposta de digitalizar esse material, para o tornar disponível a todos em rede. Foi assumida como projecto comunitário.

Como é habitual, houve também o impulso económico. Empresas de informática, particularmente a Google, desenvolveram programas gigantescos de digitalização. Passaram consequentemente a buscar mercado para comercializá-los. As somas implicadas seriam astronómicas — a ponto de, logo à partida, se prescindir de digitalizar tudo. Grande parte da herança cultural europeia, talvez a maior parte, está à partida condenada a perecer.

Por outro lado, o acervo cultural, uma vez digitalizado, seria também susceptível de utilização económica.

O projecto encontra dificuldades igualmente gigantescas. Além das *económicas*, há as *técnicas*: por exemplo, o material digitalizado não está ele próprio imune à degradação. E há, muito significativamente, as *jurídicas*: havendo obras protegidas pelo direito de autor, como dispensar o consentimento do autor para a digitalização? Caso contrário, essa dependência tornaria o projecto financeiramente inviável.

O obstáculo seria menor enquanto se tratasse simplesmente do acto de uma biblioteca ou arquivo digitalizar um exemplar sem risco de se perder. Mas

seria máximo se se pretendesse colocar esse exemplar em linha à disposição do público.

Encontramos aqui o choque entre o direito de autor e a cultura. A informática permite a expansão e a acessibilidade universal de conteúdos culturais. É um objectivo da maior importância. O direito de autor, porém, pode surgir como um freio a essa expansão, limitando as potencialidades da informática.

As propostas neste domínio têm sido tímidas. Na Recomendação da Comissão de 24 de Agosto de 2006 fala-se:

— na criação de mecanismos para facilitar a exploração das *obras órfãs*, quer dizer, daquelas cujo autor seja desconhecido

— na criação de mecanismos para facilitar, *em base voluntária*, a exploração das obras cuja edição ou difusão foi abandonada

— no afastamento dos *entraves* nas legislações nacionais à utilização de material no *domínio público*

— na utilização de técnicas de *recolha de material que está já na web*, no respeito dos direitos de propriedade intelectual.

Não se fala ainda em alterar as fontes comunitárias sobre esta matéria ([15]).

Além da problemática específica, há um ponto para que queremos particularmente chamar a atenção: a informática, na falta de disciplina adequada, pode funcionar negativamente em relação a interesses colectivos — no caso, o interesse na difusão da informação e da cultura.

De facto, hoje em dia, cada qual pode tomar livremente conhecimento do conteúdo de qualquer meio de informação publicado. Tem a rede de bibliotecas públicas, em última análise a biblioteca central ou bibliotecas centrais de cada país, que funcionam como biblioteca universal. A leitura é gratuita: não está sujeita a nenhuma autorização autoral.

Porém, se o acervo for digitalizado, o ónus é acrescentado. Além do dispêndio da compra do livro, por exemplo, haverá o dispêndio resultante da instituição da digitalização e o do pagamento ao autor, se não se chegar colectivamente a outra solução. Isto traduzir-se-á em novos ónus que levarão a pôr em dúvida que a gratuitidade da leitura em rede para o utente final se possa manter. Em caso de haver apenas o exemplar digitalizado, pode traduzir-se na perda da actual faculdade de livre leitura, que é indispensável para a difusão cultural.

([15]) E, de concreto, nada surgiu ainda.

Neste domínio têm muita relevância as restrições estabelecidas em benefício de actividades de **pesquisa e ensino**.

A transposição da directriz sobre direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação levou a maioria dos países a restringir total ou parcialmente este tipo de utilizações.

A lei alemã segue um caminho próprio. No § 52 *a* procede a uma judiciosa distinção de hipóteses. Sem se afastar dos comandos da directriz, consegue um equilíbrio mais adiantado.

Infelizmente, leis posteriores, entre as quais a portuguesa, não atenderam a este precedente.

Há um campo em aberto no aperfeiçoamento das leis. É necessário que o Direito Autoral deixe de ser uma via de sentido único, que limite o acesso à cultura.

7. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE ACESSO À INFORMAÇÃO

O outro grande sector que está a ser encarado com um espírito novo no âmbito da Comunidade é o que resulta das *limitações extrínsecas* ao direito de autor.

Acentuamos repetidamente ([16]) que se se barra o passo aos limites intrínsecos do direito de autor, pela adopção duma lista ferozmente taxativa de limites — sujeita ainda à "regra dos três passos"! — a consequência seria a emergência de limites extrínsecos. Quer dizer, se o limite é expulso do interior do direito de autor, tomando este os moldes dum "direito absoluto", ele irrompe do exterior, pelas restrições que resultam da colisão dos ramos de direito ou dos institutos jurídicos entre si. Porque as realidades práticas impõem-se e não seria possível deixar a sociedade desarmada perante a emergência de outras necessidades que reclamam igual ou maior atendimento. É o que se passa sobretudo nas novas situações trazidas pela informática, quando esbarram com a realidade dos dispositivos tecnológicos e a sua prática inamovibilidade, proclame a lei o que proclamar sobre os direitos do autor e os do público.

Os limites extrínsecos podem ter várias índoles. Falamos particular-

([16]) Até em intervenções nesta cidade de São Paulo.

mente de limites vindos do Direito da Concorrência, do Direito da Informação e do Direito do Consumidor. Mas muitos outros se prefiguram.

É muito operativo o recurso que se tem feito a princípios constitucionais, como restritivos dum pretensamente absoluto direito de autor.

Em primeiro lugar está o que respeita à **liberdade de expressão**. Esta prioridade só se explica por influência da Constituição norte-americana. A liberdade de expressão tem nos Estados Unidos da América nível constitucional, ao contrário do que se passa com outros direitos fundamentais, por ter sido objecto da primeira emenda. Ganha assim uma muito significativa prioridade no controlo de figuras como o direito de autor, muito para além do que seria de esperar em outros países. Por sua influência, acaba por ser também à liberdade de expressão que se apela, mesmo nos países europeus.

O recurso à liberdade de expressão pode ter duas finalidades: positiva e negativa. Positivamente, procura-se na liberdade de expressão o fundamento ou causa de justificação do direito de autor. É matéria que aqui nos não ocupa.

Negativamente, a liberdade de expressão surge como limite ao direito de autor. Para isso seria porém necessário que o direito de autor contrariasse a livre expressão, o que não é já tão imediatamente apreensível.

Na realidade, a liberdade de expressão é muito facilmente associada à liberdade de informação e esta dá um caminho mais óbvio. Contestam-se as situações em que o direito de autor é um obstáculo à obtenção do conhecimento que se deseja ou à comunicação deste a terceiros ou ao público em geral.

Mais particularmente, está em causa o *direito de acesso à informação*.

Esta colisão é de tomar a sério. Os casos começam a ser frequentes. O direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados é na prática obstáculo ao acesso à informação, porque esta deixa de estar disponível quando o interessado passa a não poder fazer livremente a extracção e a reutilização, ainda que para fins privados.

O mesmo acontece, acabamos de ver, com as bibliotecas digitais. O utente deixaria provavelmente de ter em rede a possibilidade de conhecimento do conteúdo que tinha em relação à obra em papel. Esta pode hoje ser por ele consultada livremente em qualquer biblioteca, pelo menos se esta for pública ou de fins desinteressados.

Sobretudo, está em causa o impedimento representado pelos **dispositivos tecnológicos** em rede. Já os referimos, bem como o cerceamento do acesso à informação que acarretam.

Num excelente estudo que acaba de ser publicado na colectânea *Direito da Sociedade da Informação* da APDI ([17]), Thomas Hoeren indaga se se pode falar de um direito de acesso à obra como conteúdo do direito de autor. Observa que a Directriz comunitária sobre acesso condicionado ([18]) é estranha ao Direito de Autor. Duvida que a própria expressão, "direito de acesso", mereça acolhimento: ela designa já a liberdade de acesso às fontes da informação, incluída no direito à informação ([19]), enquanto aqui teria o sentido oposto: seria a atribuição dum direito exclusivo consistente em limitar o acesso público à informação em rede. Conclui que não há um "direito de acesso" integrado no direito de autor mas somente um direito geral de oposição à circunvenção dos dispositivos tecnológicos, que nada tem que ver com o direito de autor. Por isso funciona igualmente quando o conteúdo do sítio é composto exclusivamente por material que não inclua obras protegidas.

Temos defendido também nós esta posição, que é da maior importância. A tutela dos dispositivos tecnológicos protege o titular do sítio, não o titular do direito de autor: por isso aplica-se igualmente a um sítio que contenha dados metereológicos, por exemplo. Consequentemente, a circunvenção dos dispositivos tecnológicos, se ilícita, representa um ilícito antieconómico qualquer, mas não uma violação do direito de autor. Seria desproporcionado sancioná-la como ilícito autoral, com as sanções, eventualmente penais, que correspondem a este ilícito e que se fundam na protecção da actividade criadora. Por isso, como conclui Hoeren, a Directriz sobre direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação não proclama nenhum direito autoral de acesso, apenas estabelece a protecção de dispositivos tecnológicos em abstracto.

Em qualquer caso, dá-se aqui a confluência com a liberdade de informação. Esta tem um potencial de intervenção muito significativo no domínio do direito de autor. Manifesta a prevalência constitucional dos direitos fundamentais e a aplicabilidade directa ou horizontal destes. O direito de autor é também assegurado constitucionalmente em várias incidências

([17]) Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Vol. VI, Coimbra Editora, 2005, 9-27: *Access right as a postmodern symbol of copyright deconstruction?*

([18]) Directriz n.º 98/84/CE, de 20 de Novembro, relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional.

([19]) E ainda, acrescentamos nós, uma faculdade incluída no direito pessoal de autor, de o criador intelectual ter acesso a exemplar único e raro de obra sua em poder de terceiro (art. 24 VII LDA).

patrimoniais (art. 5 XXVII da Constituição), mas tem de ser conjugado com os direitos humanos fundamentais e nomeadamente com a liberdade de informação, que têm dignidade hierárquica superior.

Aqui, mais que a intervenção comunitária directa, manifesta-se a preocupação, crescente nos países europeus, com a congruência com as liberdades de expressão e informação. Há todo um aperfeiçoar de fronteiras à espera do trabalho doutrinal, ultrapassada que parece estar a fase de desenvolvimento unilateral do Direito Autoral, como se fosse um *iceberg* sem comunicação com a sociedade exterior ([20]).

Os desenvolvimentos têm sido desiguais. Defrontam maiores resistências em França, fruto do proteccionismo exacerbado que afecta o Direito de Autor neste país. Mas têm boa receptividade em países como a Holanda. E encontram-se soluções de equilíbrio e inovação na Alemanha.

É um caminho promissor, que pode caracterizar uma nova fase. O direito de autor deve impor-se antes de mais aos espíritos: mal estamos quando passa a sustentar-se apenas ou sobretudo na repressão policial. Uma via que traga a conciliação dos interesses colectivos e individuais é a base mais sólida para o acatamento espontâneo pela sociedade dos princípios do direito de autor.

([20]) Elucidativamente, as Jornadas da ALAI (Associação Literária e Artística Internacional), que acabam de se realizar (Junho de 2006) em Barcelona, tiveram como tema *Direito de Autor e Liberdade de Expressão* e conduziram a avanços muito significativos, nomeadamente no relacionamento com a liberdade de acesso e uso.