

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
fundada em 1917
Periodicidade semestral
XL — N.ºs 1 e 2 - 1999

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- MESTRE LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS
- MESTRE EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (secretário)
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 797 7053/54 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telefs. 239 82 3372 / 239 82 5459 — Fax 239 83 7531

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Março de 2000

I Doutrina

<i>Sérvulo Correia</i> — Monisme(s) ou Dualisme(s) — Conclusions Générales.....	7
<i>João Caupers e Maria Lúcia Amaral</i> — Grupos de Interesses	23
<i>Fernando Loureiro Bastos</i> — Municípios, Legislação Autárquica e Contencioso Administrativo em Moçambique. Oito problemas à procura de solução.....	45
<i>Pedro Infante Mota</i> — Os Blocos Económicos Regionais e o Sistema Comercial Multilateral. O Caso da Comunidade Europeia	71
<i>Carla Amado Gomes</i> — Nótula sobre o regime de Constituição das Fundações Particulares de Solidariedade Social em Portugal.....	157
<i>Teresa Amador</i> — Direito dos Cursos de Água Internacionais. O Caso do Rio Douro.....	181
<i>Sálvio de Figueiredo Teixeira</i> — As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante	223
<i>Giuseppe Tarzia</i> — Providências cautelares atípicas (uma análise comparativa).....	241
<i>José Carlos Barbosa Moreira</i> — A sentença mandamental — Da Alemanha ao Brasil	261
<i>Carmo D'Souza</i> — Evolução do Direito Português em Goa	275

II Trabalhos de alunos

<i>João Taborda da Gama</i> — Acto Elisivo, Acto Lesivo — Notas sobre a Admissibilidade do Combate à Elisão Fiscal no Ordenamento Jurídico Português	289
<i>Luiz Duarte D'Almeida</i> — A Culpa em Roma e o Direito Penal — Notas de reflexão para uma oral de melhoria de Direito Romano.....	317

III História e Filosofia

<i>Isabel Banond</i> — A Ideia de Liberdade no Mundo Antigo: Notas para uma reflexão	325
<i>Gonçalo Sampaio e Mello</i> — No Espólio de Guilherme Braga da Cruz	475
<i>António de Araújo</i> — As duas liberdades de Benjamin Constant.....	507

IV **Legislação**

- Jorge Miranda* — Estudo com vista a uma nova lei dos Partidos Políticos 541
- José de Oliveira Ascensão* — A recente lei brasileira dos Direitos Autorais, comparada com os novos tratados da OMPI..... 573

V **Jurisprudência**

- Dinamene de Freitas* — Deferimento tácito do pedido de licenciamento de obras particulares. O art. 61.º-A — um novo pressuposto para a sua formação (Acórdão do STA — 1.ª Secção, de 30-6-1998, Proc. 43 809)..... 599

VI **Vida Universitária**

- Paulo de Pitta e Cunha* — Relações Económicas Internacionais — II ... 615
- José de Oliveira Ascensão* — Parecer sobre o “Relatório” com o programa, os conteúdos e os métodos de ensino teórico e prático da disciplina de “Introdução ao Direito”, do Doutor Fernando José Bronze 693
- José de Oliveira Ascensão* — O Relatório sobre “O programa, o conteúdo e os métodos de ensino” de Direito da Família e das Sucessões do Doutor Rabindranath Capelo de Sousa (Parecer)..... 701
- Paulo de Pitta e Cunha* — A segunda Faculdade Pública de Direito em Lisboa 709
- Jorge Miranda* — Apreciação do relatório sobre Direito Comunitário I — Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino 711
- Jorge Miranda* — Parecer sobre o relatório com o programa, os conteúdos e os métodos do ensino teórico e prático da cadeira de Direito Administrativo — I apresentado pelo Doutor Paulo Otero 717
- Jorge Miranda* — Programa da Disciplina de Direito Eleitoral e Direito Parlamentar do Curso de Pós-Graduação de Ciência Política e Internacional — Ano lectivo de 1997-1998 725
- Eduardo Lourenço* — A Queda da Casa-Europa ou a Guerra de Lara Croft..... 729
- Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles 737
- Passamento de Custódio Antunes Figueiredo 739
- 50 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem 741
- Protocolo de Cooperação entre a Universidade dos Açores e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 743

A RECENTE LEI BRASILEIRA DOS DIREITOS AUTORAIS, COMPARADA COM OS NOVOS TRATADOS DA OMPI

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

SUMÁRIO

	Págs.
1. OS TRATADOS DA OMPI E A SUA CIRCUNSTÂNCIA	573
2. A COLOCAÇÃO DA OBRA OU PRESTAÇÃO EM REDE INFORMÁTICA À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO	575
3. A QUALIFICAÇÃO DA FACULDADE DE COLOCAÇÃO EM REDE À DIS- POSIÇÃO	577
4. DIREITO DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO?	579
5. DIREITO DE DISTRIBUIÇÃO?	581
6. DIREITO DE REPRODUÇÃO?	583
7. O ARMAZENAMENTO EM COMPUTADOR.....	584
8. O AFÀSTAMENTO DA QUALIFICAÇÃO ADOPTADA NO TRATADO.....	586
9. A SITUAÇÃO DOS ARTISTAS INTÉRPRETES OU EXECUTANTES.....	587
10. A SITUAÇÃO DO PRODUTOR DE FONOGRAMAS.....	588
11. AS BASES DE DADOS.....	590
12. OS PROGRAMAS DE COMPUTADOR.....	
13. O ACESSO CONDICIONADO EM LINHA E AS INFORMAÇÕES SOBRE A GESTÃO	592
14. O PRESTADOR DE SERVIÇOS EM LINHA COMO O BENEFICIÁRIO PRINCIPAL DA PROTECÇÃO	594

1. OS TRATADOS DA OMPI E A SUA CIRCUNSTÂNCIA

As grandes inovações tecnológicas que agitam o final do século tiveram funda repercussão no domínio do direito de autor.

Por um lado porque obrigaram a comprovar se as categorias clássicas deste seriam susceptíveis de se adaptar ainda aos modos de utilização que os processos novos, muito em particular a informática, propiciavam.

Por outro, porque surgiu a tendência de todos os interessados pretenderem tutela através do direito de autor, por este oferecer a protecção mais ampla existente, no domínio dos direitos intelectuais.

Quanto ao *modus faciendi*, os pareceres dividiam-se. Para uns, seria necessário remodelar profundamente os quadros do direito de autor. Para outros, os instrumentos existentes bastariam, com pequenas adaptações, para satisfazer as novas necessidades.

Também sobre as vias internacionais a percorrer houve dissídio. Perante a prática impossibilidade de alterar a Convenção de Berna, prevaleceu a tese da elaboração de novos tratados. Estes foram objecto de preparação intensa, finda a qual se realizou a Conferência Diplomática de Genebra de Dezembro de 1996. E aí foram aprovados dois tratados distintos: o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor e o Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas.

A orientação-base seguida foi essencialmente de continuidade. Não se quis uma rotura com o passado, mas muito mais lançar as pontes que permitissem abranger as situações emergentes. Nomeadamente, as figuras novas da sociedade da informação foram reconduzidas às grandes categorias clássicas.

Isso não se fez sem algum artifício. Com frequência, forçaram-se os limites daquelas categorias para conseguir a cobertura dos interesses a que se pretendia dar tutela. Também se procedeu assim para sustentar que as novas situações já estavam abrangidas pelos tratados e leis nacionais vigentes, e obter com isso uma retroactividade que doutro modo seria difícil fazer passar. O preço foi todavia um aumento da complexidade do já tão complexo domínio dos direitos intelectuais, por deixar em crise as categorias fundamentais em que este se apoia.

Como se disse, o grande catalisador dos tratados foi a emergência das novas tecnologias. Mas não foram apenas estas o objecto da disciplina.

Pelo contrário, levou-se a vinculação internacional em matéria de direito de autor e direitos conexos muito mais longe que o que se verificava já no domínio da Convenção de Berna e da Convenção de Roma.

Em parte, isso conseguiu-se através da *generalização das soluções adoptadas no domínio das novas tecnologias para os modos clássicos de utilização dos direitos*. Por exemplo, havia que resolver o problema da constituição das bases de dados electrónicas; mas as soluções a que se chega são estendidas a todas as bases de dados, electrónicas ou não, sem que se preveja até qualquer especialidade da disciplina das bases electrónicas.

Mas para além da extensão aos modos de aproveitamento clássico das novas faculdades que internacionalmente se previam, os tratados regulam também matérias que já nada têm que ver com as novas tecnologias. É assim que se aumenta a duração mínima da protecção das obras fotográficas (art. 9 do Tratado do Direito de Autor), sem que isso seja em nada o resultado de qualquer exigência própria da sociedade da informação.

Outra tendência, muito visível, é a de *ampliar a protecção dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas*, na marcha para uma tendencial equiparação dos seus direitos ao direito do autor. Pelo contrário, os organismos de radiodifusão saem derrotados, porque são excluídos da conjugação que haviam formado com aquelas outras duas categorias. Os organismos de radiodifusão, ao contrário do que acontecia na Convenção de Roma, deixam de ser contemplados no novo tratado relativo aos direitos conexos.

Podemos dizer que os beneficiários principais dos tratados são realmente os produtores de fonogramas. E são-no por uma via curiosa: a protecção atribuída ao autor,

no Tratado sobre Direito de Autor, é no essencial estendida aos artistas intérpretes ou executantes no segundo tratado; e esta é por sua vez estendida, na quase totalidade, aos produtores de fonogramas. Podemos dizer que a protecção dos artistas intérpretes ou executantes foi a via, ou quem sabe se o preço, que houve que satisfazer para outorgar aquela protecção aos produtores de fonogramas.

O conteúdo dos tratados é muito rico. O que cria a impossibilidade de o examinar aqui na totalidade, de modo útil.

Em todo o caso, sempre podemos encontrar um núcleo fundamental, e outros aspectos que, comparativamente, são acessórios.

O núcleo fundamental está na disciplina jurídica da colocação de obras ou prestações em rede ou em linha, de maneira a permitir o acesso individualizado do público.

Será a esta questão que nos dedicaremos sobretudo, quer na análise dos tratados quer na da lei brasileira.

Indicaremos depois outros aspectos relevantes, privilegiando sempre o que estiver em maior conexão com a sociedade da informação (1).

2. A COLOCAÇÃO DA OBRA OU PRESTAÇÃO EM REDE INFORMÁTICA À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO

A disciplina jurídica internacional da sociedade da informação estava dependente da solução dum problema fundamental: caracterizar o tipo de faculdade que estaria em causa, quando se tornava dependente de autorização do titular a colocação de obra ou prestação em linha ou rede informática, de tal modo que membros do público pudessem ter acesso a ela, mesmo que em tempos e de lugares diferentes.

Concordava-se que semelhante disponibilização da obra ou prestação deveria ser reservada; mas divergia-se fortemente na caracterização da faculdade que, para esse fim, seria integrada no conteúdo do direito de autor ou dos direitos conexos.

Na análise que se segue quase sempre referimos apenas, por simplicidade, o autor; mas a problemática é idêntica para os artistas intérpretes ou executantes e para os produtores de fonogramas. Os resultados a que se chegou foram quase inteiramente estendidos a estes, como veremos.

Se é o próprio autor quem coloca a obra em rede ou em linha, exerce uma faculdade que ninguém lhe contesta. Pode até fazê-lo renunciando ao exercício dos seus direitos; ou pelo menos deixando a obra ostensivamente aberta à vista de todos, com o que presumivelmente renuncia a qualquer remuneração pelas utilizações que se fizerem.

Porém, esclareçamos desde já que o facto de a obra estar patente ou estar criptada é, pelo ponto de vista do direito de autor, irrelevante.

Mesmo que a obra esteja criptada, ela continua à disposição de pessoas indeterminadas, desde que satisfaçam as condições de acesso.

(1) Isto significa também que não tomamos posição sobre a correspondência ou não dos Tratados da OMPI a outros aspectos da lei brasileira, que não forem especificamente examinados.

Ora, colocar a obra assim em rede é algo que todos entendem que só se deve fazer com o consentimento do autor. O direito de autor outorga uma universalidade de faculdades, conducentes a atribuir ao titular o exclusivo de utilização pública da obra. O terceiro que colocasse a obra em rede sem autorização estaria seguramente invadindo o exclusivo reservado ao autor.

Mas qual é concretamente a faculdade, compreendida no direito de autor, que não é respeitada ao fazer-se semelhante utilização?

A questão é instante, no plano interno e, sobretudo, no plano internacional.

As faculdades asseguradas pelas convenções internacionais sobre direito de autor são típicas: são apenas aquelas que forem especificamente atribuídas. Era pois necessário saber se a disponibilização das obras em rede cabia nalguma das faculdades previstas; e, no caso negativo, formular a nova faculdade que deveria ser consagrada.

A generalidade das opiniões expendidas propendeu no sentido de considerar que aquela utilização informática corresponderia a alguma das faculdades típicas internacionalmente previstas. Assim se manifestou a orientação anteriormente assinalada, de procurar integrar os novos fenómenos nas categorias jurídicas já adquiridas.

Assistiu-se porém a uma divisão impressionante: quase todas as faculdades já previstas foram invocadas. Não houve nenhum consenso 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 Comissão da Comunidade Europeia, que defendeu tratar-se de direito de aluguer!

Falou-se enfim de comunicação ao público, embora a noção de “público” até então utilizada nada tivesse que ver com o acesso assíncrono e individualizado que a colocação em rede proporciona.

Porquê esta tão grande disparidade e estes ilogismos?

Porque se procurava aproveitar os tipos já existentes, e com isso poupar o dispendio de uma elaboração autónoma de uma nova figura. Mas também é verdade que assim se renunciava a estabelecer um regime que fosse o adequado às novas realidades; porque, seguramente, os quadros existentes haviam sido formados para figuras de todo diferentes.

Não obstante este aspecto, que não deixou de ser realçado por vários autores, a corrente da continuidade prevaleceu. Foi ela que informou os Tratados da OMPI de Dezembro de 1996.

Começando pelo Tratado sobre Direito de Autor, o texto-chave é o do art. 8, que tem por epígrafe: “Direito de comunicação ao público”. É este o seu 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 definição do núcleo essencial como um direito de colocação à disposição do público das obras
- a integração no direito de comunicação ao público.

Esclarece-se também, 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.

Assim se manifesta a tendência também já assinalada, não só de integrar as novas realidades nas velhas categorias, como ainda de aproveitar a oportunidade para expandir o âmbito da vinculação internacional em matéria de direito de autor. O direito de comunicação ao público não era como tal assegurado pela Convenção de Berna; esta só previa modalidades específicas deste. Agora, passa a ser vinculativo um direito de âmbito tão vasto, que é até em rigor mais uma classe de direitos ou faculdades que um direito específico.

Este posicionamento não é retomado no Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas. Há apenas a atribuição do direito de colocar à disposição do público, “de tal maneira que os membros do público possam ter acesso... desde um lugar e num momento que individualmente escolherem” (arts. 10 e 14). Veremos depois o que justifica esta variação.

3. A QUALIFICAÇÃO DA FACULDADE DE COLOCAÇÃO EM REDE À DISPOSIÇÃO

Passamos agora à outra vertente do problema.

Está fixada no Direito Internacional de Autor — embora dependente de ratificação — qual a faculdade implicada: é a faculdade de colocar as obras em rede à disposição do público. Resta agora saber se o novo direito autoral brasileiro é ou não conforme com esta previsão. Começamos pelo que respeita ao direito de autor.

A pergunta tem sempre importância. Mesmo não estando os tratados ratificados, há que saber se o direito interno brasileiro se conforma ou não com eles. Rege o prin-

cípio que cada país, ao aceder aos tratados, deve ter a sua legislação interna adaptada, de modo que os preceitos convencionais possam entrar nele efectivamente em vigor.

Mesmo assim, poderia duvidar-se da importância efectiva da pesquisa que vamos empreender.

As leis nacionais, predominantemente, atribuem ao autor a universalidade das faculdades de utilização pública da obra.

Neste sentido, não só o art. 28 da Lei n.º 9610 atribui ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor, como o art. 29 submete à autorização prévia e expressa do autor essa utilização, por qualquer modalidade. A enumeração que realiza depois é meramente exemplificativa.

Segue-se que, esteja ou não aquela faculdade de colocar à disposição em rede expressamente prevista, sempre se compreenderá no exclusivo atribuído ao autor, na medida em que representa uma faculdade de utilização pública da obra.

É verdade. Mas isso não torna irrelevante a conformação concreta das previsões da lei. Porque delas depende o regime a que a faculdade ficará realmente submetida.

E não só o regime que directamente resulte de previsões expressas, mas também o regime implícito na qualificação que o legislador atribuir. Porque, quando engloba aquela faculdade nalguma categoria mais ampla, está tendencialmente a submetê-la ao regime daquela categoria. Se a integrar na reprodução terá o regime geral da reprodução, e assim por diante.

Antes de avançar por este caminho há porém que vencer outra dúvida.

No domínio do direito de autor, que é o que ora nos ocupa, o Tratado enquadró a faculdade de colocar em rede à disposição do público no direito de comunicação ao público.

Será admissível que um país, aderindo ao Tratado, acolha aquela faculdade, mas lhe dê qualificação diversa?

Supomos que sim.

Cabe aos instrumentos internacionais estabelecer um regime que, uma vez aceite pelas partes, se torna vinculativo. Mas não lhes cabe traçar qualificações. Essas pertencem aos Estados, dentro dos quadros próprios do seu ordenamento. São válidas desde que a disciplina a que o tratado se dirigia não seja posta em causa. Tem portanto a lei nacional competência para, à luz das grandes categorias da sua própria ordem jurídica, determinar a qualificação a atribuir ao direito de colocar em rede à disposição do público.

Mas o ponto será ainda aprofundado, quando passarmos a analisar as qualificações usadas a este propósito na lei brasileira.

4. DIREITO DE COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO?

É muito difícil determinar, à luz da lei brasileira, a localização exacta do direito de colocação da obra em rede à disposição do público.

Desde logo, não se encontra na lei a previsão directa desta faculdade de colocação à disposição, em benefício do autor.

E a omissão é tanto mais surpreendente quanto é certo que, no que aos artistas respeita, o art. 90 IV lhes atribui expressamente o direito exclusivo de autorizar ou proi-

bir “a colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem”.

É evidente a derivação deste texto do Tratado da OMPI sobre interpretações ou execuções e fonogramas. O legislador brasileiro conhecia bem os tratados e a problemática que envolviam. Por isso integrou aqui esta matéria. Mas assim, menos se compreende que fórmula semelhante não tenha surgido a propósito do direito de autor.

Procuremos então os trechos que possam estar relacionados com o nosso tema.

Como dissemos, o direito de colocação em rede à disposição do público pode ser relacionado com as faculdades de:

- comunicação ao público
- distribuição
- reprodução.

Vejamos o que lhe pode caber na lei brasileira.

A *comunicação ao público* é definida no art. 5 V como o “acto mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares”.

À matéria é dedicado depois o art. 29 VIII, que exemplifica as faculdades que lhe corresponderiam. Mas nenhuma oferece qualquer semelhança com a colocação em rede à disposição do público.

A lei brasileira satisfaz deste modo a injunção do Tratado da OMPI, da previsão de um direito geral de comunicação ao público, embora por via um pouco indirecta; mas não inclui a referência que operaria a extensão daquela faculdade aos meios informáticos em rede.

Poderá não obstante dizer-se que a colocação à disposição em rede cai ainda na figura da comunicação ao público, uma vez que esta é definida de um modo essencialmente negativo? Haveria uma colocação da obra ao alcance do público, de uma maneira que não consiste na distribuição de exemplares?

Não o cremos. A colocação em rede não é uma comunicação ao público, porque a comunicação ao público supõe por definição o acto de comunicar: é dinâmica. A colocação em rede é meramente passiva; o dinamismo cabe aos utentes, que acedem àquela obra.

Isto significa que, directamente, a colocação em rede não está compreendida no direito de comunicação ao público. Só podemos chegar a enquadrá-la aí em desespero de causa, se concluirmos que não cabe também na distribuição e na reprodução, e houver necessariamente que lhe abrir um lugar. Mas nesse caso, à custa de uma deturpação do conceito de comunicação ao público, que passaria a abranger realidades que não se consubstanciam realmente numa comunicação.

5. DIREITO DE DISTRIBUIÇÃO?

Vejamos então se a colocação em rede à disposição do público é, na lei brasileira, integrável no direito ou faculdade de distribuição.

O art. 5 IV da Lei n.º 9610 define distribuição como “a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse”.

Parece claro que se tem aqui em vista a distribuição de *exemplares*. Pressupõe-se uma materialização do objecto. Só isto é aliás compatível com a parte final — transferência de propriedade ou posse. A ser assim, a distribuição não abrangeria a colocação em rede à disposição do público.

Mas vejamos se esta conclusão é conforme com o disposto na lei sobre o conteúdo do direito de autor. O art. 29 VI da mesma lei inclui entre as faculdades compreendidas no direito de autor a distribuição, sem dar esclarecimentos ulteriores.

Mas temos também o inc. VII do mesmo artigo, cuja leitura é problemática. Contempla “a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a selecção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário”.

A faculdade de distribuição teria então ainda este conteúdo. Mas o preceito é perturbador (2).

A referência ao tempo e local previamente escolhidos por quem pretende aceder aproxima-nos necessariamente da previsão do Tratado da OMPI, não obstante a qualificação como distribuição.

Porém, se a distribuição tem por objecto exemplares, que são coisas materiais, o preceito não se aplica à mera comunicação informática de obras.

O sentido seria então outro. O preceito destina-se a englobar verdadeiras formas de distribuição, mas que não consistam numa transmissão física de exemplares; não são produzidos pelo distribuidor nem estão em poder deste. Estenderia antes o conceito de distribuição à distribuição electrónica, em que o exemplar é produzido no terminal do utente por via electrónica.

Como se sabe, é já possível, e a evolução só ampliará esta possibilidade, a aquisição de exemplares de obras por via informática. Assim, o utente poderá encomendar produções sonoras ou audiovisuais, que fixará em perfeitas condições de fidelidade no terminal por ele designado.

Os antecedentes do preceito convencem-nos que é este realmente o seu sentido.

No Substitutivo do Projecto de Lei dos Direitos Autorais do Deputado Aloysio Nunes Ferreira, que está na base da Lei n.º 9610, a redacção do art. 29 VII era a

(2) Se a colocação da obra ou prestação à disposição do público se integrasse no direito de distribuição, criar-se-iam por exemplo problemas muito graves no que respeita ao *esgotamento* dos direitos. A faculdade de distribuição está em princípio sujeita a esgotamento com a comercialização da obra: quando o titular a realiza, todos os outros o poderão igualmente fazer. A lei brasileira não regula especificamente o esgotamento, mas é difícil não o inferir, caso contrário o autor poderia criar a indesejável estaqueidade dos mercados. Sendo assim, haveria que inferir que a colocação em rede à disposição do público, sendo distribuição, implicaria o esgotamento do direito, com a consequência de que a partir daí todos teriam o direito de igualmente colocar a obra ou prestação em rede à disposição do público.

seguinte: “a transmissão de uma reprodução consistente na distribuição por qualquer meio técnico ou processo digital mediante o qual uma cópia de obra ou produção, é fixada fora do lugar de onde foi enviada”.

Era, claramente, a “distribuição informática” que se tinha em vista: por isso se fala até na fixação da cópia, fora do local para onde a obra ou prestação foi enviada. Continua a ser este o problema de que se ocupa o mesmo inciso, embora com redacção alterada. Há uma verdadeira distribuição, que se estende aos casos em que a própria produção do exemplar é realizada no terminal do utente.

Esta situação não podia deixar de ser integrada na distribuição verdadeira e própria — ainda que implicasse um ajustamento no conceito de distribuição. Por isso se aplaude a posição da lei brasileira.

Isso não quer dizer que não surjam problemas, ditados pela própria redacção do inciso. O actual art. 29 VII termina pela frase: “e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário”. Não é fácil de compreender esta restrição às hipóteses de onerosidade do acesso.

Mas estes não são problemas de relacionamento com os tratados da OMPI. Os tratados não versam o direito de reprodução. Sendo assim, a matéria sai fora do nosso tema.

Para o que aqui interessa, resta formular a conclusão. A colocação da obra em rede à disposição do público não foi na lei brasileira enquadrada no direito de distribuição, ao contrário do que aparentaria a uma primeira leitura.

Há pois que procurar noutra sede a sua previsão.

6. DIREITO DE REPRODUÇÃO?

Terá a colocação da obra à disposição em rede sido integrada no direito ou faculdade de reprodução?

A Lei n.º 5988, antiga lei dos direitos autorais, não autonomizava uma faculdade de reprodução no conteúdo do direito de autor ⁽³⁾, embora regulasse contratos, como a edição, que pressupunham a produção de exemplares. Isso criava dificuldades de vária ordem.

Outra é a posição da lei actual. A reprodução é logo definida no art. 5 VI, nos seguintes termos: “a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”.

A fórmula é complexa. Começando por referir a *cópia*, daria a entender que a reprodução consiste na produção de cópias; de uma pluralidade de cópias, até. Mas diz-se depois que é a cópia de um ou vários exemplares. Logo, a pluralidade é exemplificativa, a produção de um só exemplar é já reprodução.

Mais ainda: pela parte final, vê-se que a reprodução abrange a *fixação*. Conceitualmente, é distinto produzir cópias e fixar uma determinada realidade. Mas a lei assi-

(3) Cfr. o nosso *Direito Autoral*, 2.ª ed., Renovar (Rio de Janeiro), 1997, n.º 122.

mila os dois conceitos, seguindo aliás uma tendência internacional nesse sentido. Fixar é já reproduzir.

Fala-se ainda no *armazenamento permanente ou temporário por meios electrónicos*. Trata-se de um evidente acrescento, que não joga com a primeira parte do preceito. Afirmara-se que a cópia seria realizada por qualquer forma *tangível*: o armazenamento electrónico não é tangível; não cria *res quae tangi possunt*. Há uma representação, não uma materialização.

A reprodução é depois incluída entre as faculdades que são conteúdo do direito de autor, no art. 29 I; e é considerada autonomamente no art. 30, cujo proémio é do seguinte teor: “No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito”.

Com isto se cria, mais uma vez, a aparência de que encontrámos a sede do direito de colocação em rede à disposição do público. A semelhança com a expressão utilizada no art. 8 do Tratado da OMPI sobre o direito de autor, que fala em “um momento e lugar que individualmente escolherem”, é patente.

Mas de novo a aparência é enganadora. O art. 30 não regula a posição do utilizador: não é este quem escolhe o tempo e o lugar da utilização. Regula a posição do autor, a quem atribui o direito de determinar as formas de utilização permitida da obra. Não há nada que se refira directamente ao fenómeno da colocação da obra à disposição do público.

Merece ainda menção o § 1.º do mesmo art. 30, que dispõe: “O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrónico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular”.

Toca-se aqui um problema importante, que é o do estatuto das reproduções meramente tecnológicas. Vemos que a lei brasileira, que começara por dar uma noção amplíssima de reprodução, vem afinal a liberar estas reproduções só informáticas, destinadas a tornar a obra perceptível. Pouco resta do conteúdo “não tangível” do art. 5 VI.

Esta observação é importante para o que diremos de seguida. Mas em si, este tema deixa de nos interessar. A disciplina do direito de reprodução, e nomeadamente o que respeita às reproduções meramente tecnológicas, não foi objecto dos tratados da OMPI. Como tal, está fora do objecto da presente exposição.

Só aditamos uma observação complementar. A forçada integração das reproduções tecnológicas no direito de reprodução e as contradições que acarreta, também se manifesta neste art. 30. É assim que o § 2.º determina que *em qualquer modalidade de reprodução* a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo ao utente manter os registos que permitam a fiscalização do aproveitamento económico da obra. Parece claro que o preceito só se adequa à reprodução-cópia, e não às reproduções tecnológicas; aqui não há exemplares a registar. A reprodução torna-se assim uma espécie de centauro, que mistura realidades que conflitam entre si.

Temos em todo o caso que o direito de colocação da obra em rede à disposição do público também não foi pela lei brasileira integrado no direito de reprodução.

7. O ARMAZENAMENTO EM COMPUTADOR

Vimos que o art. 5 VI, um pouco *contra natura*, incluía na reprodução “qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios electrónicos”.

Ao enunciar as faculdades do autor, o art. 29 IX contempla “a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do género” — mas agora como figuras distintas da reprodução, que fora já regulada no inc. I.

Este preceito merece desde logo uma observação.

Quando qualquer de nós faz o seu ficheiro de obras, está a fazer uma base de dados. O facto de as obras serem alheias não traz nenhum impedimento: aliás, o ficheiro destina-se ao uso privado. Por isso, a reprodução que eventualmente se praticar escapa ao direito do autor, porque se realiza a título de uso privado.

O mesmo diremos do armazenamento em computador; com a característica adicional de a integração em base de dados electrónica implicar por si o armazenamento em computador.

A reserva ao autor da faculdade de armazenamento em computador *só se compreende quando os dados assim armazenados estiverem à disposição do público*: só então há uma utilização pública da obra. Doutra modo, trata-se de uma utilização meramente privada, que cai na esfera de liberdade de cada um.

Temos assim que a lei, devidamente interpretada, reserva ao autor a armazenagem da obra em computador, de tal modo que esta fique à disposição do público.

Mas com isto, está determinada afinal a sede da faculdade de colocação em rede à disposição do público. O direito brasileiro sempre a prevê: contempla-a como a faculdade conferida ao autor de autorizar a integração em computador, de tal modo que permita a utilização pública da obra. Só o autor pode autorizar semelhante integração.

Se isto é assim, qual a correspondência da lei brasileira ao art. 8 do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor?

Vimos que este:

- integra a faculdade no direito de comunicação ao público
- especifica a possibilidade de membros do público terem acesso à obra em tempo e lugar individualmente escolhidos.

A lei brasileira:

- nem integra no direito de comunicação ao público
- nem especifica esta possibilidade por parte dos membros do público.

Deste modo, a lei brasileira satisfará as exigências do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor?

É verdade que a lei brasileira não especifica aquela faculdade. Mas também é certo que usa uma fórmula mais ampla, que não pode deixar de abranger também.

O armazenamento em computador só é reservado enquanto preludia uma utilização pública. A integração em rede não pode deixar de ficar abrangida, quando a utilização que se realiza é de natureza pública.

Podemos lamentar que a lei brasileira não tenha sido mais explícita (4). Falar em “inclusão em computador” é recorrer a uma fórmula que hoje podemos considerar antiquada: a fórmula do Tratado da OMPI é mais apurada. Por outro lado, discutiu-se se se poderia falar em *público*, quando a utilização era feita individualmente pelos utentes, em tempos e lugares diferentes. Seria bom que a lei tivesse esclarecido directamente este tema.

Mas, no fundamental, não restam dúvidas quanto ao carácter reservado daquela faculdade. Se o autor tem o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra (art. 28), a integração em computador para fruição ou utilização subsequente por pessoas indeterminadas não pode deixar de ficar abrangida. Com maior extensão, embora com menor compreensão, a lei brasileira enquadra também esta figura.

Temos assim que a colocação da obra em rede informática à disposição do público é pela lei brasileira coberta pela outorga ao autor da faculdade de autorizar o armazenamento em computador.

8. O AFASTAMENTO DA QUALIFICAÇÃO ADOPTADA NO TRATADO

Resta porém o outro aspecto. O Tratado da OMPI integra esta faculdade no direito de comunicação ao público (art. 8). A lei brasileira não procede assim.

O armazenamento em computador aparece no art. 29 como uma faculdade autónoma. Está separada dos direitos de comunicação ao público, de distribuição e de reprodução.

Este último é previsto no inc. I, e o armazenamento em computador no inc. IX, como vimos. É certo que, na definição de “reprodução” do art. 5 VI, se compreendia o armazenamento em computador. Pode por isso discutir-se se semelhante faculdade se integra ou não no direito de reprodução, na lei brasileira. Mas não é isso que está em causa neste momento. O que importa é que, em qualquer caso, o legislador a não incluiu no direito de comunicação ao público.

Deste modo a lei brasileira satisfará o Tratado da OMPI?

Entendemos que sim.

Já observámos atrás que os tratados estabelecem o regime a que os Estados, que se tornarem membros, ficam submetidos. Mas cada Estado integra depois essa disciplina nos seus quadros jurídicos fundamentais. Pode assim usar qualificações diversas desde que os resultados a que se tendia com a harmonização internacional não sejam prejudicados. O tratado disciplina, mas a lei interna é livre de qualificar.

Aprofundando um pouco mais, podemos ainda distinguir dois significados nas qualificações realizadas por instrumentos internacionais. Pode tudo se resumir a mera qualificação, que se considerará adequada ou não; mas pode, por detrás da qualificação, haver o estabelecimento implícito de um determinado regime jurídico.

É o que se passa com o art. 8 do Tratado da OMPI. Ele não qualifica apenas o direito de colocação em rede à disposição do público. O seu sentido primário é até o

(4) Veja-se a crítica que fizemos já à disposição correspondente do Substitutivo do Deputado Aloysio Nunes Ferreira, em *Breves observações ao projecto de substitutivo da lei dos direitos autorais*, Rev. Forense, 345 (1.º trim. 1999), n.º 3.

de aproveitar a oportunidade para impor um genérico direito de comunicação ao público, que não constava ainda da Convenção de Berna.

Mas a lei brasileira em nada foge a este conteúdo implícito. Porque ela consagra, como vimos, um direito genérico de comunicação ao público, embora também aqui use terminologia diferente da do Tratado da OMPI.

Num outro ponto poderia ter relevância a qualificação utilizada: no respeitante às restrições que seriam admitidas. Nomeadamente, poderia o Tratado ter criado restrições a este direito, pela via indirecta da inclusão na comunicação ao público; e os Estados-membros estariam obrigados a submeter o direito de colocação em rede à disposição do público a essas restrições.

Mas o Tratado da OMPI não cria nenhuma restrição específica. Integra o direito de colocação em rede à disposição do público no direito de comunicação e mantém as restrições que a Convenção de Berna previa já para manifestações deste direito. Nem o facto de integrar no direito de comunicação ao público a figura nova da colocação em rede à disposição do público levou a que fossem previstas restrições adequadas a esta nova faculdade. Não havia pois, também por este ponto de vista, nenhum conteúdo implícito na qualificação, cuja transposição pela lei brasileira se tornasse necessária.

Concluimos assim que não há que pôr em causa a correspondência da lei brasileira, já na sua formulação actual, ao art. 8 do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor.

Podemos perguntar se a lei brasileira fez bem ou não em não ter seguido a qualificação do Tratado da OMPI.

Em nosso entender, fez bem. A qualificação do Tratado como direito de comunicação ao público visou objectivos concretos da contratação internacional, mas é demasiado pragmática para que possa ser considerada uma qualificação exacta.

A comunicação ao público supõe, como dissemos e o próprio nome indica, um acto de comunicação. Há um fim de comunicar em todas as figuras até hoje compreendidas na lei — na representação, na radiodifusão, na execução e assim por diante.

Mas na colocação da obra em rede à disposição do público o acento é posto, não na eventual posterior comunicação, mas *no próprio acto de colocação da obra em rede à disposição do público*. É logo esse momento prévio que é reservado; de tal modo que a comunicação posterior representa mero acto de execução, que é abrangido pela autorização inicial.

Sendo assim, é artificial a qualificação como modalidade de comunicação ao público. A sua recepção contribuiria para tornar imprecisa a figura da comunicação ao público na lei brasileira. Numa altura de tão grande instabilidade das categorias fundamentais do direito de autor, este resultado não seria desejável.

Da lei brasileira resulta assim a autonomização da faculdade de colocação em rede à disposição do público. Se estamos correctos ⁽⁵⁾, o resultado é realístico: esta faculdade tem um conteúdo próprio, não sendo assimilada por nenhuma das grandes categorias de faculdades do autor até hoje especificadas.

(5) E não se integrar realmente no direito de reprodução, por força da definição sincrética do art. 5 VI.

9. A SITUAÇÃO DOS ARTISTAS INTÉRPRETES OU EXECUTANTES

Passemos ao que respeita aos artistas intérpretes ou executantes. Está agora em causa o Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas.

O art. 10 deste tratado dispõe: “Os artistas intérpretes ou executantes gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público das suas interpretações ou execuções fixadas em fonogramas, por fio ou sem fio, de tal maneira que os membros do público possam ter acesso a elas desde um lugar e num momento que individualmente escolherem”.

Temos agora consagrado um direito de colocar à disposição do público; mas esse direito, diferentemente do que acontece no Tratado do Direito de Autor, não é integrado num direito geral de comunicação ao público.

Porquê esta mudança de técnica, de um para outro tratado?

Porque o artista não é tradicionalmente titular de um exclusivo de utilização da sua prestação, ao contrário do que acontece com o autor. O artista tem apenas as faculdades que lhe forem especificamente atribuídas.

Pareceu exagerado consagrar neste caso um direito geral de comunicação ao público, que abrangeria todas as faculdades possíveis de comunicação; isso tornaria o conteúdo imprevisível. Por isso se preferiu contemplar individualizadamente a faculdade de colocar à disposição do público.

Mesmo assim, deu-se considerável amplitude a este direito de colocar à disposição do público. Ele não é restrito à colocação em rede ou em linha: diz-se expressamente que pode ser feita “por fio ou sem fio”. Mas surge uma limitação: só são objecto deste direito as interpretações ou execuções fixadas em fonogramas.

Neste domínio, há um grau de correspondência muito grande do direito brasileiro ao tratado.

O art. 90 IV, no domínio dos direitos dos artistas, prevê “a colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem”.

A demarcação do direito é assim muito semelhante à do Tratado da OMPI. A redacção é ostensivamente inspirada nele.

É certo que não se esclarece que essa colocação à disposição pode fazer-se “por fio ou sem fio”. Mas sem dúvida que, não se fazendo nenhuma restrição, ambas as modalidades estão abrangidas. Tinha-se bem a consciência de que era a questão da colocação em rede à disposição que ocorria sobretudo resolver.

A diferença está em a lei brasileira outorgar uma protecção mais ampla que a assegurada pelo Tratado da OMPI. *Este apenas garantia a protecção às interpretações ou execuções fixadas em fonogramas.* A lei brasileira não faz semelhante limitação. Deixa assim espaço para que interpretações ou execuções ao vivo sejam igualmente objecto de protecção.

Não há necessidade de verificarmos se semelhante ampliação pode ou não encontrar aplicação prática. Porque daqui nunca surgirá hipótese de conflito entre a lei interna e a convenção internacional. Os tratados em matéria de Direito Intelectual estabelecem uma protecção mínima: os Estados têm liberdade de ultrapassar esse nível de protecção. Portanto, seja qual for a interpretação correcta, nunca haverá neste particular desconformidade entre a lei brasileira e o Tratado da OMPI.

Repare-se enfim que esta faculdade vem prevista autonomamente, tal como no Tratado da OMPI. Não há nenhuma ligação ao direito de reprodução, como a não há em relação a qualquer outra categoria mais geral que se queira descortinar.

10. A SITUAÇÃO DO PRODUTOR DE FONOGRAMAS

No Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas, a situação dos produtores de fonogramas no que respeita aos seus fonogramas é neste domínio em tudo idêntica à dos artistas, no que respeita às interpretações e execuções destes.

Seguiu-se a técnica de repetir, no art. 14, o art. 10, *mutatis mutandis*. O produtor de fonogramas desfruta assim de toda a protecção atribuída aos artistas.

A situação resultante da lei brasileira é complexa.

No art. 93, que enuncia o conteúdo dos direitos dos produtores fonográficos, não se encontra fórmula semelhante à empregada no art. 90 IV.

A situação ainda é mais delicada por o art. 93 IV, relativo aos produtores fonográficos, ter sido vetado.

No texto aprovado pelo Congresso dispunha-se que ao produtor caberiam “todas as utilizações a que se refere o artigo 29 desta lei a que se prestem os fonogramas”.

O art. 29 regula o conteúdo do direito de autor. Isto significava pois que o produtor de fonogramas passaria a ficar em paridade com o autor: gozaria de todas as faculdades sobre o objecto que pudesse utilizar.

O texto foi vetado por se considerar que poderia levar a uma equiparação de dois institutos distintos. Isto quer dizer que o legislador afasta mais uma vez a tentativa de considerar o produtor um autor de “obra fonográfica”.

Nos poderes que foram atribuídos, está incluída a faculdade de colocação do fonograma em rede à disposição do público?

Estará necessariamente em causa o inciso V do art. 93: cabem ao produtor fonográfico “quaisquer outras modalidades de utilização, existentes ou que venham a ser inventadas”.

Isto torna o entendimento difícil. Afinal, parece significar-se que o conteúdo do direito do produtor fonográfico deixou de ser típico: a este cabem todas as modalidades de utilização do fonograma. Mas isso não cairá em contradição com o veto do inc. IV?

Outro motivo de complexidade encontra-se no confronto com o art. 90, relativo ao artista. Este utiliza, no inc. V, uma fórmula análoga à do art. 93 V: reserva “qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções”.

Significará isto que o produtor tem o direito de colocação em rede, porque o tem o artista e a lei usa fórmula semelhante nos dois casos? Porém, também se pode tirar a ilação oposta: a fórmula não poderia ser interpretada neste sentido, porque o art. 90 V mostraria que a colocação em rede à disposição do público estaria fora do seu conteúdo. Para atribuir esta faculdade ao artista, fora necessária previsão expressa. Previsão semelhante não consta do art. 93.

Neste sentido pode-se invocar ainda outra vicissitude do processo legislativo: a supressão do § único do art. 29 do Substitutivo do Deputado Aloysio Nunes Ferreira. Rezava este que “a utilização de fonogramas, obras audiovisuais, inclusive as cinema-

tográficas, por qualquer das modalidades previstas neste artigo, dependerá de prévia e expressa autorização do produtor”. Este trecho foi eliminado na versão definitiva, pelo que se não pode pretender agora ressuscitá-lo por outra via.

A situação dos produtores fonográficos suscita decerto grandes problemas, mas seria deslocado abordá-los aqui. Basta-nos tentar tirar uma conclusão no que respeita à inclusão da faculdade de colocação em rede à disposição do público no conteúdo do direito do produtor fonográfico.

Quaisquer que sejam os limites do direito do produtor fonográfico, supomos que a faculdade de colocação em rede à disposição do público não pode deixar de estar contida neste.

O direito do produtor é desenhado com grande latitude. Os três primeiros incisos do art. 93 abrangem as três categorias fundamentais de poderes que são conteúdo do direito de autor: os direitos de reprodução, de distribuição e de comunicação ao público.

O inc. V acrescenta ainda outras faculdades. Não cremos que possa abranger tudo o que for abstractamente possível.

Mas abrange a faculdade específica de colocação à disposição do público que é atribuída aos artistas. Isto porque há um paralelismo entre as faculdades atribuídas ao artista e as que são atribuídas ao produtor fonográfico. A protecção concedida ao artista é transposta, quase automaticamente, para o produtor fonográfico.

Nestes termos, sejam quais forem os cerceamentos de que a fórmula imprudente, permita-se-nos o qualificativo, do art. 93 V careça, em todo o caso ela não poderá deixar de abranger a faculdade, já conhecida e atribuída aos artistas, de colocar o fonograma em rede à disposição do público.

Há assim que concluir que, também neste domínio, a lei brasileira está já conforme ao Tratado da OMPI sobre interpretações ou execuções e fonogramas. Por força dos princípios gerais da interpretação, concluímos que não carece de ser adaptada para permitir a ratificação do Tratado.

11. AS BASES DE DADOS

As bases de dados electrónicas e os programas de computador, como realidades particularmente sensíveis, não poderiam deixar de ser contempladas nos novos tratados.

Começemos pelos bases de dados e vejamos qual a correspondência da lei brasileira.

O art. 5 do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, sob a epígrafe “Compilações de dados (bases de dados)”, dispõe: “As compilações de dados ou outros materiais, seja qual for a sua forma, que, pela escolha ou disposição das matérias, constituem criações intelectuais são protegidas como tais. Esta protecção não se estende aos dados ou materiais em si mesmos e não prejudica qualquer direito de autor que recaia sobre os dados ou materiais contidos na compilação”.

Dá-se pois toda a ênfase à categoria da compilação, já conhecida do direito de autor; ao ponto de a noção de base de dados parecer ser identificada com a de compilação de dados. Por outro lado, apesar de os problemas serem suscitados pelas bases de dados electrónicas, nenhuma especificação se faz relativamente a estas, como dissemos.

Trata-se tudo como problema geral; e com isto se opera uma ampliação do âmbito de protecção, muito para além do reclamado pelas novas tecnologias.

Qual a posição da lei brasileira, neste domínio?

As bases de dados são contempladas no art. 7 XIII da Lei n.º 9610. Integra aquele entre as obras protegidas “as colectâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua selecção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual”.

No seguimento quase literal do Tratado da OMPI o § 2.º do mesmo artigo acrescenta: “A protecção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras”.

Mas há ainda um capítulo dedicado à utilização da base de dados. Consta do art. 87, que é do seguinte teor: “O titular do direito patrimonial sobre uma base de dados terá o direito exclusivo, a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base, de autorizar ou proibir:

- I — sua reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo;
- II — sua tradução, adaptação, reordenação ou qualquer outra modificação;
- III — a distribuição do original ou cópias da base de dados ou a sua comunicação ao público;
- IV — a reprodução, distribuição ou comunicação ao público dos resultados das operações mencionadas no inciso II deste artigo”.

Analisando este material, começemos por observar que a fórmula do art. 7 XIII LDA se afasta da do art. 5 do Tratado da OMPI, enquanto este assenta na “escolha ou disposição das matérias”, enquanto o art. 7 XIII menciona a “selecção, *organização ou* disposição do seu conteúdo”.

A lei brasileira parece abrir uma hipótese mais. Não cremos porém que se consiga dar a “organização” um sentido diverso do de disposição. De todo o modo, ainda que desse uma possibilidade mais, a lei brasileira não entraria em choque com o tratado.

No que respeita ao capítulo sobre a utilização, começamos por observar que aquilo a que a lei brasileira atende é exclusivamente à base de dados como conteúdo do direito de autor. O chamado direito *sui generis* do produtor, empresário ou fabricante da base, que foi instituído na Comunidade Europeia pela Directriz n.º 96/9/CE, de 11 de Março, não encontra nenhum acolhimento.

Não obstante, aquela directriz, na parte em que respeita ao direito de autor, parece ter influenciado a redacção do art. 87. Este enuncia as faculdades do autor “a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base”. No art. 5 da directriz referiam-se “actos relativos à forma de expressão protegida pelo direito de autor”. De facto, se a base de dados é objecto dum direito de autor, só a forma de expressão pode ser o objecto da protecção.

Simplemente, a lei brasileira acrescenta algo: fala no direito exclusivo “a respeito da forma de expressão *da estrutura* da referida base”.

A fórmula é incompreensível. “Forma de expressão da estrutura” parece ser a descrição técnica da estruturação da base. Porém, a base de dados é uma obra, não uma

descrição ou processo. É uma obra caracterizada por ser uma colectânea de obras ou outros elementos. É essa obra de conjunto que é protegida pelo direito de autor, não uma estruturação ⁽⁶⁾.

Todavia, também não cremos que seja por aqui que se configura uma discrepância entre a lei brasileira e o tratado.

A fórmula adoptada, a nosso ver, não é a mais feliz. Mas isso não significa que a lei proteja um processo, e não a expressão ou exteriorização da base. É a criação intelectual, como obra de conjunto (art. 7 XIII) resultante dos critérios de selecção ou disposição (ou organização) utilizados, que se tem em vista. É essa que se quis referir quando no art. 87 se retoma a caracterização da base.

O que significa então aquela referência à “forma de expressão da estrutura”?

É de supor que o legislador tenha querido acentuar que não era a matéria da base que era objecto de protecção: os dados em si não são protegidos. É isto o que se afirma já no art. 7, § 2.º — em total consonância, como vimos, com o Tratado da OMPI. Nenhum motivo há pois para supor que a lei brasileira tenha dirigido a sua protecção para realidade diferente.

Concluimos assim que, no domínio das bases de dados, não há desencontro entre o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor e a lei brasileira ⁽⁷⁾.

12. OS PROGRAMAS DE COMPUTADOR

O Tratado da OMPI sobre Direito de Autor consagra a protecção do programa de computador como obra literária. É o seguinte o texto do art. 4: “Os programas de computador são protegidos como obras literárias no sentido do artigo 2 da Convenção de Berna. Esta protecção aplica-se aos programas de computador qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão”.

A posição da lei brasileira reveste alguma complexidade.

O art. 7 XII insere entre as obras protegidas os programas de computador sem mais; e o § 1.º remete os programas de computador para legislação específica, “observados os preceitos desta lei que lhes sejam aplicáveis”.

Supomos que esta técnica não merece reparo.

O programa de computador é, por natureza, uma realidade diferente do objecto clássico do direito de autor. Não é este o lugar adequado para discutir a solução a que se chegou, de atribuir um direito autoral ao criador do programa. Mas a índole deste reclama uma disciplina especial. Por isso, em muito países, os programas são regulados em leis avulsas, fora do corpo fundamental das leis do direito de autor.

⁽⁶⁾ Fizemos esta afirmação nas nossas *Breves observações ao projecto de substitutivo da lei de direitos autorais* cit., pág. 67.

⁽⁷⁾ Como é natural, uma demonstração completa teria de estender-se a vários outros aspectos. Um dos mais importantes é o seguinte: apesar de o art. 7 XIII declarar sem mais as bases de dados obras intelectuais, o art. 87 atribui aquelas faculdades ao titular da base de dados, de um modo que parece taxativo. Pode-se perguntar se isso é compatível com o Tratado da OMPI, cujo art. 5 manda proteger as bases de dados como criações intelectuais. Sem termos possibilidade de aprofundar o tema, limitamo-nos a enunciar a conclusão de que também neste aspecto a lei brasileira se conforma com as injunções do tratado.

A lei brasileira toma uma posição mista. Comina expressamente, como vimos, a protecção como obra literária do programa de computador; mas remete para legislação especial a disciplina específica.

Cria-se porém uma complexidade, na determinação das disposições da lei dos direitos autorais que são aplicáveis aos programas de computador.

A disciplina específica dos programas consta da Lei n.º 9609, de 19 de Fevereiro — portanto, da mesma data da lei dos direitos autorais.

O art. 2 da Lei n.º 9609 dispõe que o regime de protecção à propriedade intelectual do programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigente no país, observado o disposto naquela lei.

Segundo o § 1.º, não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvadas:

- a reivindicação da paternidade
- o direito de o autor se opor a modificações não-autorizadas, “quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação”.

Poderá perguntar-se se deste modo a lei brasileira não terá ficado aquém do Tratado da OMPI, ao não reconhecer outros direitos morais (ou pessoais, como preferimos dizer) que são reconhecidos ao titular de obras literárias.

No nosso entender, a lei brasileira não concede de menos; concede de mais.

Partimos do princípio que a disciplina que cabe a cada tipo de obra é a que corresponde à natureza desta. A natureza impõe-se por si.

Os direitos pessoais são de dois tipos:

- os que são de aplicação taxativa
- os que são dependentes de uma valoração.

Taxativo é o direito de paternidade. O autor pode exigir que o seu nome conste de cada utilização pública da obra, sem ter de entrar em qualquer justificação para o efeito⁽⁸⁾. O exercício só pode ser travado por invocação do abuso do direito — mas isso nos mesmos termos que o exercício de qualquer direito.

Outros direitos pessoais estão porém dependentes de uma valoração ética. Estão à disposição do autor, mas para a realização de finalidades éticas, que têm de ser alegadas e poderão ser objectivamente controláveis.

A Convenção de Berna vai neste sentido, ao consagrar no art. 6 *bis* o direito à integridade da obra e ao sujeitá-lo a uma apreciação objectiva. Os seus termos são retomados justamente pelo art. 2 § 1.º, da lei brasileira sobre programas de computador.

A atribuição de conteúdo ético a estes direitos pessoais de autor é realizada pela lei brasileira e várias outras, como a portuguesa e a italiana — mas já não pela lei francesa, que tudo sujeita ao arbítrio do autor.

(8) Neste caso, melhor se falaria do direito à menção da denominação.

É dentro do sistema da lei brasileira que o problema deve ser colocado.

Há que perguntar: tem sequer sentido falar de um exercício de faculdades éticas, a propósito de um produto estritamente técnica, como um programa de computador?

Por exemplo: compreende-se que um autor pretenda exercer o direito de retirada em relação a um programa de computador? Como poderá pretender que a circulação ou utilização deste implicam afronta à sua reputação ou imagem, nos termos do art. 24 VI da lei dos direitos autorais?

Os direitos pessoais devem ser tomados a sério. Existem para proteger a personalidade ética. A realização da personalidade ética exclui justamente a arbitrariedade. Nunca se pode pois permitir que a invocação de dados morais sirva para cobrir a arbitrariedade ou objectivos que não sejam de ordem ética.

Por isso, entendemos que nenhuma faculdade pessoal é aplicável ao programa de computador, quando essa faculdade só for exercível com base em razões éticas.

Eis porque dizemos que, a nosso parecer, a lei brasileira não deu a menos; deu a mais.

Deu a mais porque não vemos como é possível, em relação a um programa de computador, exercer o direito à integridade da obra.

Pode um terceiro cometer um acto ilícito quando modifica um programa de computador: pode estar praticando uma utilização não autorizada. O que não vemos é como possa atingir um direito pessoal do autor. Se modifica bem ou mal, é eticamente irrelevante. O Direito não pode permitir-se a tutela de personalidades tão melindrosas que se sintam diminuídas por outrem alterar um programa de computador. O mesmo se passa sempre que houver a alteração de qualquer outro tipo de obra ou processo técnico.

Diremos assim que, não obstante a Lei n.º 9609 ter previsto o direito pessoal à integridade da obra, não vemos possibilidades práticas de alguma vez este direito ser concretizado (9).

13. O ACESSO CONDICIONADO EM LINHA E AS INFORMAÇÕES SOBRE A GESTÃO

As possibilidades de utilização informática de obras em rede, ou em linha, trouxeram a necessidade de assegurar que essas obras não pudessem ser objecto de desfrute por parte de terceiros sem sujeição ao condicionamento estabelecido — na prática, sem sujeição a pagamento.

Procura-se resolver o problema técnico através de meios técnicos. Tecnologias adequadas procuram assegurar que os interesses assentes na exploração das obras sejam salvaguardados.

(9) A ausência de contradição não exclui aspectos menos felizes da Lei n.º 9609. Sobretudo, há que estranhar que, sendo da mesma data da Lei n.º 9610, não se expresse pela mesma técnica, o que agrava as dificuldades de coordenação. Mas isso são problema internos, que escapam à apreciação que realizamos aqui.

Os esforços dirigem-se em duas direcções principais. Desenvolvem-se meios tecnológicos:

- que assegurem a reserva de acesso a obras em rede
- que permitam uma informação automática das utilizações feitas.

Porém, por sua vez, a técnica recorre ao direito. Pretende-se garantir a inviolabilidade destes meios, através da sanção de quem, por outros meios técnicos, logra contorná-los.

Começando pelos meios que reservam o acesso às obras em rede, vemos que estes são da mais variada espécie. Vão desde senhas a dispositivos tecnológicos que só permitiriam o acesso a quem tivesse satisfeito o condicionamento pré-fixado.

Os tratados da OMPI tratam desta matéria sob a referência genérica a dispositivos tecnológicos. É o seguinte o texto do art. 11 do Tratado sobre Direito de Autor, epígrafado “Obrigações relativas a dispositivos tecnológicos”: “As Partes Contratantes devem prever uma protecção jurídica adequada e sanções jurídicas eficazes contra a neutralização de dispositivos tecnológicos efectivos que sejam utilizados pelos autores no exercício dos seus direitos previstos neste Tratado ou na Convenção de Berna e que, relativamente às suas obras, restrinjam actos que não sejam autorizados pelos autores a que digam respeito ou permitidos pela lei”.

Como veremos, não haverá necessidade, para os nossos fins, de definir com precisão o que se entende por “dispositivos tecnológicos”.

Este preceito é repetido, *mutatis mutandis*, no art. 18 do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas.

Devem pois ser sancionados eficazmente aqueles que eludem os dispositivos, com o condicionamento de que os dispositivos terão de ser efectivos.

Por outro lado, há o que respeita às “Obrigações relativas à informação sobre o regime dos direitos”, expressão que por si não é também muito clara. O art. 12/2 do Tratado sobre Direito de Autor define-a nos seguintes termos: “a informação que identifica a obra, o autor, o titular de qualquer direito sobre a obra ou informações sobre os termos e condições de utilização da obra, e quaisquer números ou códigos que representem essa informação, quando qualquer destes elementos de informação esteja integrado numa cópia ou apareça quando se faz a comunicação ao público de uma obra”.

Também aqui se prevê a reacção por meio de sanções contra pessoas que frustrem as finalidades daquela informação; mas agora atingem-se também aqueles que distribuam ou comuniquem ao público obras em que aquela informação tenha sido afastada indevidamente.

É o seguinte o texto do art. 12/1: “As Partes Contratantes devem prever sanções jurídicas adequadas contra qualquer pessoa que, conscientemente, pratique qualquer dos seguintes actos ou, no que respeita às sanções civis, tendo motivos justificados para saber que induz, permite, facilita ou oculta uma infracção de qualquer dos direitos previstos no presente Tratado ou na Convenção de Berna:

- i) suprima ou altere, sem ter título para tal, qualquer informação electrónica sobre o regime dos direitos;

- ii) distribua, importe para a distribuição, radiodifunda ou comunique ao público, sem ter título para tal, obras ou cópias de obras, sabendo que a informação electrónica sobre o regime dos direitos foi suprimida ou alterada indevidamente”.

Também este artigo é praticamente reproduzido no art. 19 do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas, no que respeita aos beneficiários deste.

Qual a posição da lei brasileira? Esta matéria é tratada em comum no art. 107 da Lei n.º 9610, o que é judicioso ⁽¹⁰⁾.

Prevê-se desde logo a perda dos equipamentos, a que acrescem perdas e danos, nunca inferiores às que resultariam do art. 103 § único. Manda este que o transgressor pague o valor de 3.000 exemplares, além dos apreendidos. Não será fácil adaptar esta previsão à elusão das medidas técnicas.

A terminologia empregada é a de *dispositivos técnicos*, em vez de dispositivos tecnológicos. Não há aqui nenhum afastamento, uma vez que os dispositivos tecnológicos não podem deixar de ser dispositivos técnicos. Por isso dissemos que não seria necessário definir dispositivos técnicos: a lei brasileira não deixa de conter todo o conteúdo da previsão dos tratados.

De resto houve o cuidado de munir a lei brasileira com uma previsão que corresponde a todo o conteúdo dos tratados, neste domínio. A lei surgiu pois, também aqui, já adequada a suportar uma ratificação dos tratados.

Só lamentamos que a lei não tenha previsto, ao contrário do que estabelecem os tratados, que os dispositivos devam ser *efectivos*. Se eles o não são, tornando-se fácil a sua circunvenção, já a conduta perde muito da sua gravidade, deixando de corresponder àquilo que os tratados tinham em vista.

14. O PRESTADOR DE SERVIÇOS EM LINHA COMO O BENEFICIÁRIO PRINCIPAL DA PROTECÇÃO

Para além de muitos outros aspectos, em que não entramos, faremos a este propósito uma observação de fundo.

⁽¹⁰⁾ É o seguinte o texto do art. 107: “Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem:

I — alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia;

II — alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia;

III — suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos;

IV — distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização”.

Aparentemente, quem se protege com estes preceitos será o autor, bem como os artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas ⁽¹¹⁾.

Mas a realidade não é bem esta.

Começando pelos “dispositivos tecnológicos”, o que eles protegem é o acesso condicionado. E quem beneficia com o acesso condicionado é o explorador ou a empresa da prestação de serviços em rede. O facto de haver ou não uma obra protegida é algo de relativamente secundário, porque a protecção do dispositivo de acesso é necessária em qualquer caso.

Isto significa que estamos perante aquilo a que na Comunidade Europeia se chama um problema *horizontal*: toca o direito de autor, mas toca igualmente domínios que estão fora já do direito de autor. Como tal, deveria ter sido tratado horizontalmente: justificava-se uma regra que referisse a violação de dispositivos de acesso, independentemente da circunstância aleatória de o conteúdo reservado ser ou não objecto de um direito de autor ou direito conexo ⁽¹²⁾.

Na realidade, o beneficiário da protecção é sempre em primeira linha o empresário prestador de serviços em rede; a protecção adicional de um titular de direitos intelectuais é meramente eventual ⁽¹³⁾.

Mas não é diferente a situação no que respeita às regras que reprimem a violação de dispositivos para a informação sobre a gestão dos direitos.

É verdade que os titulares dos direitos recolhem vantagens desse sistema. Para além da vantagem indirecta que resulta de uma valorização da exploração da obra, passam a ter um instrumento seguro, espera-se, de *controlo* das utilizações, que reduz a dependência em que se encontravam das entidades de gestão colectiva a quem são obrigados a recorrer ⁽¹⁴⁾.

Mas na realidade, o beneficiário principal da protecção é o empresário da rede.

Se o momento essencial de exercício do direito intelectual é o da autorização para a integração da obra ou prestação na rede informática, à disposição do público, isso significa que a utilização pelo público representa mero exercício da faculdade concedida.

Desde que a obra ou prestação foi licitamente colocada em rede à disposição do público, o titular dos direitos intelectuais apaga-se. O agente, exclusivo ou pelo menos

⁽¹¹⁾ A lei brasileira, falando ainda em “emissões”, parece ampliar o âmbito de protecção.

⁽¹²⁾ Mas, paradoxalmente, verificamos que na própria Comunidade Europeia circulam paralelamente duas propostas de directriz que sancionam, em termos aliás semelhantes, a violação de dispositivos tecnológicos. Uma relativa aos serviços de acesso condicionado, que trata o problema “horizontal”; outra, sobre o direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação, que trata o problema pelo ponto de vista restrito da protecção dos direitos intelectuais.

⁽¹³⁾ O art. 107 da lei brasileira é restrito à violação de dispositivos que protegem as obras e prestações a que se aplica. Supomos porém que a tendência será a de o substituir a breve prazo por uma previsão mais ampla, que sancione a circunvenção de dispositivos tecnológicos, quer sirvam quer não à protecção de obras ou prestações protegidas, quer de outro conteúdo qualquer. Assim se tornará claro que é o interesse do empresário que está primacialmente em causa.

⁽¹⁴⁾ Pierre Sirinelli, *L'adaptation du droit d'auteur face aux nouvelles technologies*, em “Colloque Mondiale de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins”, Paris, 1994, 40-41, discute até que ponto a “tatuagem” das representações informáticas de obras e prestações pode facilitar a identificação dos titulares dos direitos. Na progressão, pode perguntar-se se a própria tatuagem não dá uma presunção de consentimento de utilização (mas não de gratuidade, evidentemente), que seria extremamente útil no que respeita à produção de obras multimédia.

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.

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 o exercício daquela faculdade é o empresário que a adquiriu. É nessa qualidade que realiza a exploração económica da obra. Mas os contratos de utilização em rede que celebre 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, prestações ou outros conteúdos, seja qual for a tutela autoral destes.

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 ou outras prestações 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 ou serviços em rede do produtor.

Também por este lado o direito intelectual, que é apresentado como um direito que protege o criador de obras ou prestações culturais, desemboca afinal num direito de protecção do empresário, que explora essas obras ou prestações. O direito intelectual tende a transformar-se, muito ao jeito das concepções anglo-americanas, num direito de protecção dos investimentos das chamadas empresas de *copyright*.

Junho de 1999.

VOLUME XL — N.ºs 1 e 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



1999



Coimbra Editora