

PROPRIEDADE INTELECTUAL E INTERNET *

SUMÁRIO

1. O “espaço livre do Direito” e o seu oposto; 2. A internet enquanto veículo da utilização de bens intelectuais; 3. A protecção autoral de bens informáticos; 4. O direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados; 5. O “código” e as soluções impostas pela tecnologia; 6. Recurso indevido ao direito de autor em rede: A) Dispositivos tecnológicos e informação para a gestão; 7. B) Reprodução e transmissão tecnológica; 8. C) A associação de conteúdos em rede: os hipernexos; 9. D) Sítio Web e base de dados; 10. A reversão da protecção para as indústrias de *copyright*; 11. O intercâmbio de ficheiros musicais e audiovisuais; 12. A corrosão dos pilares do Direito de Autor; 13. A informação em risco na sociedade da informação.

1. O “espaço livre do Direito” e o seu oposto

A internet assenta em estruturas de transmissão de dados em tempo real que revolucionaram os meios de comunicação. Não vale a pena insistir no que é de todos conhecido.

Interessa é esclarecer o que nela concerne à “Propriedade Intelectual”. Usaremos a expressão em sentido amplo, para abranger também o Direito Industrial, embora seja o Direito Autoral que está predominantemente implicado.

A internet permite transmitir dados de qualquer ordem, que podem não implicar uma criação intelectual. Mas permite também a comunicação de obras literárias ou artísticas. Essas obras podem ser objecto de *direito de autor*¹. Permite também o

* Texto correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, Florianópolis, 14.XI.03.

¹ E podem também não o ser. É o que acontece com as obras oficiais, com as obras caídas no domínio público ou com as obras que nunca foram protegidas.

acesso a prestações que podem ser objecto de *direitos conexos*². Permite enfim formas de utilização de *direitos industriais*, como desenhos e modelos e marcas.

A internet representa antes de mais um veículo extraordinário de comunicação de conteúdos intelectuais. Estes são caracterizados pela ubiquidade. A internet permite a sua globalização, numa dimensão há poucos anos nem sequer sonhada.

Mas já aqui se suscita a controvérsia sobre a regulação jurídica da internet.

Logo que a rede despontou formaram-se duas correntes extremas.

Por um lado, os apóstolos das novas tecnologias conceberam a internet como um espaço livre do Direito. As regras da terra não chegavam ao ciberespaço. Isto foi favorecido por a internet se ter desenvolvido inicialmente como uma rede desinteressada, veículo de diálogo de universitários e cientistas, que não queriam admitir impecilhos jurídicos na sua comunicação.

Outra foi a posição dos profissionais do Direito Intelectual, muito particularmente das entidades de gestão colectiva de direitos de autor ou conexos. Sustentaram que o meio ou veículo em causa nada alterava com respeito à utilização de obras ou prestações protegidas. O Direito existente seria aplicável tal qual, porque fora já estruturado para abranger os meios de exploração que futuramente surgissem. A internet era apenas um veículo, sujeito ao Direito vigente como qualquer outro.

Sempre foi muito difícil determinar qual seria afinal esse Direito vigente, devido à penetração transfronteiriça da internet. Ainda hoje está por esclarecer, estranhamente, qual é a disciplina aplicável aos conflitos. Mas para os nossos fins basta anotar que o poder dos Estados tem um ponto terrestre de apoio nos provedores intermediários de serviços em rede. Esses têm de estar situados nalgum país, e por isso

² Permite ainda a extracção e exploração do conteúdo de bases de dados, protegidas por direito *sui generis* nalguns países.

sobre eles pode exercer-se efectivamente a jurisdição desse país. Também os servidores não vogam no espaço.

Esta orientação encontrou apoio no movimento subsequente de comercialização da internet. De confraria desinteressada tornou-se veículo poderoso de publicidade, comércio e operações financeiras. Isto exigia uma disciplina rigorosa que protegesse os intervenientes: era incompatível com um espaço livre do Direito. A tese da juridificação da internet venceu. A polémica sobre a liberdade de diálogo na internet ficou circunscrita a aspectos marginais.

2. A internet enquanto veículo da utilização de bens intelectuais

Há um ponto em que a sujeição do exercício em rede às regras de Direito Intelectual não é facilmente contestável.

A internet pode apresentar-se como mero veículo de transmissão ou comunicação. E assim sendo, vale o princípio geral que a aplicação das regras não depende do veículo ou instrumento da acção, salvo quando o direito especifique justamente qual o modo que considera relevante.

Assim acontece desde logo no próprio Direito Penal. Uma difamação feita na internet cai no tipo geral da difamação, se a lei não tipificar o meio ou instrumento da acção. O sentido substantivo da conduta é idêntico.

Não há motivo para não estender estes princípios ao Direito Intelectual.

Punhamos um exemplo. Há um texto literário *inédito*. Alguém o faz inserir em sítio na internet sem autorização do autor. Violou ou não aquele direito?

A resposta só pode ser afirmativa, porque a lei não restringe a violação do direito ao inédito à publicação na imprensa ou a qualquer outro meio específico. O sentido substancial da violação é sempre o mesmo.

Seja agora o caso do direito de *comunicação pública*. As faculdades incluídas no direito de comunicação pública não são taxativas. Há uma atipicidade dos modos de comunicação reservados ao autor. Pouco importa que ao tempo da aprovação

da lei certas modalidades não fossem ainda praticáveis; o direito de autor engloba também no seu exclusivo os meios de utilização que só posteriormente venham a ser descobertos.

Ou ainda a *reprodução*. É verdade que não se despacham ainda encomendas pela internet. Mas uma obra pode ser comunicada e depois reproduzida no terminal de destino – um fonograma, por exemplo. Não há motivo nenhum para não considerarmos isto incluído na figura da reprodução, muito embora não haja neste caso um exemplar físico que tenha sido multiplicado previamente pelo expedidor e enviado depois ao destinatário.

A mesma situação é muito clara no âmbito dos *direitos conexos*. A expansão da internet ao domínio sonoro e audiovisual torna patentes estas possibilidades.

Até no *comércio electrónico* a hipótese é visível. Além do que respeita a direitos autorais, temos a problemática da utilização de direitos industriais, sobretudo dos sinais distintivos do comércio.

É frequente a litigiosidade sobre o uso de marcas na internet. Pode-se dizer que quem comercializa bens na internet por referência a marcas está a usar a marca? O comércio electrónico satisfaz seguramente a exigência que o uso da marca se faça na vida de negócios. Mas satisfará ainda a exigência, discutida mas a nosso ver fundamentada, que se faça um *uso da marca como marca*, portanto para distinguir produtos ou serviços?

Pensamos que a resposta não pode deixar de ser afirmativa. E isto no âmbito de um princípio da equiparação dos meios electrónicos aos comuns, que se vai impondo nos vários países³.

³ É o que acontece na Comunidade Europeia, por força do art. 9/1 da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho, sobre comércio electrónico, cuja transposição para a lei portuguesa espera apenas promulgação e publicação no *Diário da República*.

Se a negociação electrónica é equivalente à negociação comum, a apresentação de produtos ou serviços sob uma marca na internet não pode ter significado diferente dessa apresentação, quando feita em local geograficamente determinado.

Parece-nos assim claro que o ponto de partida da afirmação do «espaço livre do Direito» não pode ser aceite. A internet é veículo adequado para a aplicação do Direito, e isso abrange também o exercício de direitos intelectuais.

3. A protecção autoral de bens informáticos

Mas, fora da utilização da internet como mero veículo, será ainda possível manter a afirmação que a internet é um espaço livre do Direito?

A evolução normativa, iniciada nos Estados Unidos da América e rapidamente propagada à Europa, ao Japão e ao resto do mundo, foi no sentido contrário. Rapidamente se iniciou o percurso de submissão à disciplina jurídica dos bens informáticos emergentes.

A opção fez-se no sentido de preferir a protecção pelo Direito de Autor. Esta é a mais duradoura protecção conhecida; não obriga a revelar o seu objecto (por exemplo, o código-fonte dum programa de computador); e é automática, não dependendo de qualquer formalidade. Permitiu ainda, pelo recurso a este instituto garantido por convenções internacionais, sustentar que o direito já existia antes da aprovação das leis de protecção pelos vários países – porque o direito de autor tem potencialidade de se aplicar independentemente da especificação da obra protegida. Pretendeu-se assim que os bens informáticos representavam verdadeiras obras⁴. Com isto se logrou dar *carácter retroactivo* à tutela criada, sem abertamente o declarar.

⁴ Procedeu-se à equiparação às obras literárias.

Os bens informáticos que beneficiaram desta protecção foram os *programas de computador* (ou o *software*, se se atribuir a este um âmbito mais vasto que o do programa de computador) e as *bases de dados*.

Os Estados Unidos pretenderam ainda semelhante tutela para as *topografias dos produtos semicondutores*, mas não lograram neste ponto o apoio internacional. A Convenção de Washington de 1989 acabou por se fixar numa posição intermédia entre direito de autor e propriedade industrial, mas mais próxima desta que daquele.

Discute-se ainda o estatuto jurídico das *produções multimédia*. A complexidade destas e as divergências no respectivo entendimento não permitiram ainda assentar no regime jurídico que lhes corresponde. Por isso regulam-se por aplicação sobreposta, por vezes conflitante, das disposições relativas aos vários elementos que as integram.

Indo mais longe, a legislação do Reino Unido tutela pelo *copyright* as “*obras*” geradas por computador, o que é a manifestação mais acabada do emergente *direito de autor sem autor*.

Esta evolução não se fez sem deixar profundas marcas no corpo do Direito de Autor. As fronteiras deste foram forçadas, para nele incluir realidades meramente técnicas, que melhor caberiam no Direito Industrial, ou seriam objecto de protecção autónoma como nova categoria. Os grandes pilares do Direito de Autor, a obra e a sua criatividade, foram abalados.

Mas procedeu-se assim, não obstante, em todo o mundo. O programa de computador, por exemplo, é qualificado como “obra literária”. Mas essa qualificação não pode, por natureza, ser levada às últimas consequências, porque o regime estabelecido para as obras literárias não lhe pode ser aplicado tal qual. O mais que se

poderá dizer é que o programa de computador é protegido por um direito *análogo* ao direito de autor⁵.

E o movimento prossegue. Na ordem do dia está hoje a protecção dos programas de computador por patentes, o que subverteria o objecto destas que é a invenção; e por outro lado, a campanha contra o *software* livre. Mas estes aspectos foram objecto de excelentes intervenções neste Simpósio, pelo que me abstenho de os retomar.

A protecção de bens informáticos por direitos intelectuais teve a sua repercussão em instrumentos internacionais.

Já falámos da Convenção de Washington, relativa às topografias dos produtos semicondutores. Logo em 1994 foi aprovado o Acordo ADPIC / TRIPS, anexo ao tratado que criou a Organização Mundial do Comércio. Este, no art. 10, impõe a protecção dos programas de computador como obras literárias, bem como das bases de dados que forem criações intelectuais.

Dois anos mais tarde, em 1996, foram aprovados os Tratados da OMPI sobre Direito de Autor e sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas. Os arts. 4 e 5 do Tratado sobre Direito de Autor contêm previsões semelhantes às do ADPIC, para os programas de computador e as bases de dados, respectivamente.

Estava assim encontrada a cobertura internacional para sustentar a protecção de bens informáticos pelo Direito de Autor.

4. O direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados

Esta evolução atinge também outros direitos, que já não são direitos de autor. O caso mais significativo é o do direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados. Até agora é praticamente uma particularidade da Comunidade Europeia, porque

⁵ A formulação da lei brasileira, no art. 7 § 1.º da Lei dos Direitos Autorais e no art. 2 da Lei n.º 9609, de 19 de Fevereiro de 1998, evita algumas das maiores dificuldades que se poderiam suscitar. Analogamente procede o art. 1/2 do Dec.-Lei português n.º 252/94, de 20 de Outubro.

os Estados Unidos da América, não obstante terem sido apresentados projectos de lei no sentido da sua outorga, não o aceitaram.

A Directriz n.º 96/9/CE, de 11 de Março, não se limitou a proteger por direito de autor as bases de dados que, pelo selecção ou disposição das matérias, constituem uma criação intelectual específica (art. 3/1); criou ainda o direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados. Este direito é independente de a base de dados ser ou não criativa; o critério está apenas em o conteúdo da base “representar um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo” (art. 7/1).

Por força deste direito, permite-se ao “fabricante duma base de dados proibir a extracção e/ou reutilização da totalidade ou duma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo desta”. A extracção é a transferência para outro suporte; a reutilização é a colocação à disposição do público da totalidade ou parte substancial do conteúdo da base (art. 7/2).

O “fabricante” da base que se protege parece ser, em termo mais simples, o produtor desta: é quem faz o investimento.

O *conteúdo* duma base de dados é uma realidade intangível. Essa realidade traduz-se em informação. O direito *sui generis* é assim um direito que versa sobre a informação.

A qualificação do direito como *sui generis* nada esclarece: quis-se apenas evitar a qualificação como direito conexo ao direito de autor. No fundamental, os objectivos deste direito seriam satisfeitos através da concorrência desleal. Mas o caminho não foi seguido porque o Reino Unido desconhece o instituto da concorrência desleal⁶.

⁶ Consequentemente, não há ainda disciplina harmonizada desta matéria na Comunidade Europeia.

5. O “código” e as soluções impostas pela tecnologia

Fora porém do uso da internet como mero veículo e da protecção de bens informáticos individuais, poderá continuar a sustentar-se que a internet é um espaço livre do Direito?

Lawrence Lessig chamou a atenção para a importância da própria arquitectura da rede, de modo a impor certos resultados, sejam quais forem as leis. Nesse sentido, o *código*, como lhe chama, teria a mesma força que as leis. O seu livro mais conhecido chama-se ilustrativamente “O Código e outras Leis do Ciberespaço”⁷.

Temos de distinguir, nesta posição, dois aspectos:

– por um lado, é inegável que a própria estrutura tecnológica adoptada impõe certos resultados, com tanta força que superam o que das próprias leis possa resultar.

– por outro, que isto não significa que o Direito não tenha o seu lugar. Pertence-lhe intervir ainda quando em colisão com a técnica estabelecida, no sentido da alteração desta ou dos seus efeitos.

Começando pelo primeiro aspecto, podemos ilustrá-lo com um exemplo muito importante nas actuais relações em rede.

Referimo-nos aos chamados incharacteristicamente *dispositivos tecnológicos de protecção*. Querem-se com isto abranger todos os processos técnicos que vedam, condicionam o acesso ou restringem a utilização que se possa fazer do conteúdo dos sítios em rede.

Todas as leis estabelecem restrições aos direitos autorais. Podem ser exaustivas, como nos sistemas europeus, ou valorativas, como no regime norte-americano do *fair use*. Representam espaços de liberdade, que fogem ao exclusivo outorgado ao autor: sejam os limites em benefício do ensino ou da pesquisa, por exemplo.

⁷ Cfr., em tradução castelhana, *El Código y otras Leyes del Ciberespacio*, Taurus (Madrid), 2001.

Mas os dispositivos tecnológicos que defendem os sítios na internet inutilizam as restrições legais. Diga a lei o que disser, a técnica desmente-a. As liberdades ressalvadas por lei não podem ser exercidas.

O Direito não deixou de intervir nesta matéria. Mas a primeira preocupação foi a de proteger os próprios dispositivos tecnológicos. É assim que o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 1996, no art. 11, impõe aos Estados uma protecção jurídica adequada contra a reutilização de dispositivos tecnológicos efectivos que sejam utilizados pelos autores e restrinjam actos não autorizados⁸

Daqui resulta com clareza que a tecnologia utilizada tem implicações inevitáveis no sentido de permitir ou excluir modalidades de utilização das obras protegidas em rede.

E a tecnologia não é neutra. Justamente a adopção duma tecnologia, em vez de outra, condiciona as potencialidades de utilização. Isto leva até à posição contrária extrema, de *optimismo tecnológico*, que pretende que a técnica tem a capacidade de resolver todos os problemas que se possam ir levantando. Exprime-se por uma conhecida frase: “O remédio para a técnica está na técnica”. A própria técnica seria capaz de encontrar a solução para os problemas que a técnica cria incessantemente.

Mas também este optimismo é destituído de fundamento, porque nada nos assegura que a técnica marche inexoravelmente para as soluções correctas. Se as técnicas não são neutras, impõe-se a intervenção da lei para levar à adopção das que melhor satisfazem as necessidades sociais.

No campo mais específico da gestão dos direitos intelectuais desenvolvem-se tecnologias chamadas, também incaracteristicamente, de “informação para a gestão dos direitos”, que permitem discriminar as utilizações, mesmo em rede, que se fizerem de obras ou prestações protegidas. Seja o caso de tatuagens indeléveis nos suportes que localizam essas utilizações.

⁸ Cfr. sobre esta matéria o art. 107 da Lei dos Direitos Autorais brasileira (Lei n.º 9 610/98, de 19 de Fevereiro).

E de passo em passo chega-se ao esquema do DRM – *Digital Rights Management*. A gestão, colectiva ou até individual, dos direitos em rede poderia passar a ser exclusivamente electrónica. As próprias entidades de gestão colectiva actuais poderiam ser afastadas, se se não reconvertessem. A técnica permitiria, com muito maior precisão, detectar as utilizações efectivamente realizadas dispensando cálculos e amostragens, e permitindo o apuramento exacto dos direitos devidos aos titulares.

Ainda estamos longe deste desiderato. Mas também aqui a técnica permitiria suplantar as perplexidades criadas pela própria técnica das utilizações na dispersão da rede e chegar a grandes melhorias nos sistemas de gestão.

Lessig aplicou este esquema também à *privacidade*. Este é, como se sabe, um dos domínios de colisão entre a Comunidade Europeia e os Estados Unidos da América, que são acusados de não a protegerem suficientemente. De facto estes recorrem prevalentemente à auto-regulação e admitem práticas chocantes, como a venda pelas empresas de pacotes de dados dos seus clientes.

Também neste sector o “código” tem um importante significado. Lessig porém foi mais longe e admitiu a venalidade individual dos dados pessoais: estaria na autonomia de cada um dispor dos seus dados, como entendesse. Foi contestado nos próprios Estados Unidos, pela insuficiência da solução para os objectivos pretendidos⁹

É possível que a tese de Lessig, sem dúvida insuficiente, traduza também uma reacção contra os exageros que se verificam em muitos lados em matéria de privacidade. Como esta foi despida de significado substancial, acabam por se proteger como dados relevantes aspectos que na realidade já o não são.

6. Recurso indevido ao direito de autor em rede: A) Dispositivos tecnológicos e informação para a gestão

Mas nada fez deter o avanço da disciplina jurídica da rede.

⁹ Cfr. Marc Rotenberg, *Fair information practices and the right of privacy (What Larry doesn't get)*, in 2001 Stan. Tech. L. Rev. 1 (http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/01_STLR_1).

No domínio que há pouco referimos, o dos *dispositivos tecnológicos de protecção*, ultrapassou-se posteriormente o estado da mera protecção desses dispositivos. Assim, a Directriz comunitária n.º 01/29/CE indica os casos em que se podem contornar os dispositivos tecnológicos para permitir o exercício das restrições aos direitos exclusivos admitidas por lei (art. 6). A solução é porém muito insatisfatória. Por um lado, confia aos próprios “titulares de direitos” as soluções a adoptar. Por outro, não abrange todas as restrições, o que é incompreensível: até o direito de citação não foi incluído. Isto significa que de uma penada se eliminam da rede grande parte de limites que tão parcimoniosamente haviam sido concedidos ¹⁰.

Quanto às “*informações para a gestão dos direitos*”, tudo se limita à protecção dos dispositivos ¹¹. Não se prevêem sequer hipóteses em que seja lícito circunscrever estes dispositivos. É muito grave, porque assim o titular do sítio tem as mãos livres para considerar matéria protegida tudo o que entender: a possibilidade por parte do público de detecção, defesa e controlo dos desvios é praticamente nula. Deste modo, a coberto do direito de autor, acaba por se atribuir um exclusivo que pode versar, ao sabor do titular do sítio, sobre qualquer conteúdo em rede.

A gravidade destes esquemas aumenta por serem apresentados como emanando do Direito de Autor. A sua violação seria assim violação do direito de autor, e sujeita às sanções particularmente violentas a que este está submetido. É uma solução muito contestável, porque na realidade o beneficiário da protecção é o explorador do sítio, e só por acaso o será também um titular de direitos autorais.

7. B) Reprodução e transmissão tecnológica

A protecção de actividades na internet pelo Direito de Autor avançou por muitos outros campos.

¹⁰ Na disposição, aparentemente geral, do art. 5.

¹¹ Cfr. o art. 12 do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor. O mesmo se passa na Directriz (art. 7).

Um dos mais significativos consistiu no entendimento extensivo dado à reprodução.

Mesmo afastando a distinção entre gravação ou fixação e reprodução, esta última suporia um mínimo, que seria a criação dum exemplar tangível.

Pretende-se porém, e esta é a posição internacionalmente fomentada, que as próprias operações invisíveis ao olhar humano, que se processam na memória do computador, seriam reproduções. Com isto, havendo obra ou prestação protegida, toda a comunicação na internet estaria submetida ao Direito de Autor.

Há um aspecto que terá necessariamente de ficar de fora deste entendimento: a representação ou *display* no visor do utente.

As faculdades compreendidas no Direito de Autor são fundamentalmente as de:

- comunicação ao público
- reprodução
- distribuição

A apresentação no visor é tipicamente comunicação ao público, como o é a exibição da obra cinematográfica.

Mas há além disso que distinguir o que representa ou não reprodução.

O texto que é enviado pela rede e eu imprimo, ou a música que gravo, são objecto de reprodução. Há a criação de exemplar tangível que caracteriza esta, embora na sequência de uma transmissão pela rede.

Mas a reprodução não abrange já as reproduções meramente tecnológicas¹². Há diferença entre transmissão e reprodução. A transmissão em si é livre. Os tratados da OMPI resolveram expressamente esta matéria, ao considerar que o exercício do direito de autor em rede se dá com a disponibilização da obra ao público. A

¹² Cfr. o nosso “Os actos de reprodução no ambiente digital. As transmissões digitais”, in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. IV, APDI/Coimbra Editora, 2003, 69-88.

transmissão é mera execução, e não exercício do direito. Aliás, estes tratados não regulam sequer a reprodução.

Consideramos por isso abusiva a pretensão de encontrar um novo exercício do direito de autor em cada transmissão em rede, quando se está no âmbito de meras relações contratuais que supõem o direito de autor já exercido. Os procedimentos meramente técnicos continuam fora da valoração do Direito de Autor¹³.

8. C) A associação de conteúdos em rede: os hipernexos

Outro ponto de grande relevância é o que respeita à associação de conteúdos em rede. Vamos considerar particularmente o estabelecimento de hipernexos (*hyperlinks*), como modalidade de hiperconexões.

Quem acciona um hipernexo é aparentemente transportado de um sítio para outro¹⁴. Pelo que se pergunta se o titular do sítio de origem ou sítio *a quo* (onde está inserido o hipernexo) não se estará locupletando com o conteúdo do sítio *ad quem*, ou de destino.

É claro que a questão autoral só se coloca se o material contido no sítio de destino for autoralmente protegido. Fora disso, qualquer invocação do Direito Autoral é vazia.

Note-se que a questão não reside num eventual aproveitamento do conteúdo de destino sem observância dos dispositivos tecnológicos que condicionam o acesso ou a eventual reprodução. Esses supõem-se inteiramente respeitados. Se houver tais dispositivos no sítio de destino o internauta defrontá-los-á da mesma maneira, e só se satisfizer as exigências gerais terá acesso àquele conteúdo, ou pode executar as operações restringidas.

¹³ Assim, na *radiodifusão*, o que é relevante é a recepção, como aspecto de comunicação ao público, e não a emissão de ondas hertzianas.

¹⁴ Ou para outra página do mesmo sítio, o que nos não interessa nesta oportunidade.

Na realidade, porém, isto é completamente alheio ao Direito Autoral ¹⁵.

O que o hipernexo permite é apenas o acesso a um sítio alheio. Mas o acesso foi genericamente disponibilizado, mesmo quando há um conteúdo de Direito Autoral, quando o titular de direitos colocou a obra em rede à disposição do público. O direito autoral foi então exercido.

O hipernexo permite um atalho, que facilita a comunicação que se pretende na internet. É benéfico para todos: para o internauta, para o titular do sítio de origem e para o titular do sítio de destino. Há equivalência total entre aceder a um sítio teclando o IP do sítio de destino, ou aceder pressionando o trecho em realce sob o qual se oculta igualmente o IP daquele sítio.

Não tem por isso base, salvo razão específica em contrário, a pretensão de submeter o hipernexo à autorização do titular do sítio de destino, quando se remeta para obras intelectuais naquele compreendidas.

9. D) Sítio *Web* e base de dados

Outra matéria em que se recorreu, a nosso ver indevidamente, ao Direito de Autor para caracterizar a actividade em rede, está na própria qualificação dos sítios *web*.

Afirmou-se que todo o sítio *web* representaria uma base de dados. Como tal, gozaria por si da protecção atribuída às bases de dados, ou seja:

- a protecção a título de direito de autor, se pela escolha e ordenação das matérias representarem criações intelectuais.
- a protecção pelo direito *sui generis* do fabricante da base de dados sobre o próprio conteúdo do sítio, nos países que admitem aquele direito.

¹⁵ Cfr. o nosso “A liberdade de referências em linha e os seus limites, *in* Rev. Ord. Adv. (Lisboa), ano 61-II, Abr/01, 499-528; *in* Rev. Fac. Dir. Lisboa, XLII (2001), n.º 1, 7-27; e *in* Rev. Forense, ano 97, vol. 358, Nov-Dez/01, 59-74.

É um aspecto que versaremos muito rapidamente, porque o que tem importância é o direito *sui generis*, e esse não foi acolhido no Brasil. O direito de autor sobre a base de dados, além das contradições em que está imerso, é na prática pouco significativo.

O sítio *web* não é uma base de dados. Não tem o sentido de uma colectânea de dados ou informações intangíveis. Caso contrário todo o complexo de dados seria uma base de dados – um jornal ou um programa radiofónico, por exemplo. Não tem sido entendido em geral assim, porque faria perder os contornos à figura ¹⁶.

Mas um sítio pode abrigar uma ou mais bases de dados. Um sítio pode por exemplo conter uma base de dados climatéricos. Nesse caso, e só nesse caso, ocorre a protecção a título de base de dados; mas o objecto dessa protecção é a base, e não o sítio em si.

Fora disso, poderá haver aspectos do sítio protegidos por Direito de Autor: será o caso da apresentação ou configuração geral do sítio. Mas isso não tem que ver com a base de dados e não será aqui objecto de exame.

10. A reversão da protecção para as indústrias de *copyright*

Com razão ou sem ela, a tendência para subordinar toda a actividade em rede ao Direito de Autor vai sempre em progresso nos países mais ricos em indústrias de *copyright* (ou “culturais”, ou de “conteúdos”, como hoje se diz). A tese da disciplina pelo Direito de Autor prevaleceu sobre o pretendido “espaço livre do Direito”.

Mas a vitória trouxe consigo a própria negação da tese, tal como fora apresentada.

¹⁶ Neste sentido, um tribunal holandês decidiu que um jornal não é uma base de dados, num caso em que dois jornais acusavam um sítio *on line* de infringir os seus direitos de fabricantes de base de dados, por copiar excertos de anúncios de empregos: cfr. http://www.out-law.com/php/page.php3?page_id=dutchcourtrulesth1028730068. Em sentido contrário, cfr. Manoel Pereira dos Santos, *A protecção autoral do website*, in “Direito da Sociedade da Informação”, APDI, Coimbra Editora, 2003, 307.

O que se pretendia fora que o Direito de Autor clássico era adequado para também enquadrar o domínio da informática e regular o ciberespaço.

Mas afinal, a multiplicação de leis especiais, sempre em crescimento, demonstra que não era assim. Tanto as leis existentes não eram adequadas que foi necessário criar um direito diferente para a internet. A afirmação que o Direito existente bastava era falaciosa, ou quando muito repousava numa meia verdade para disfarçar a retroactividade que foi atribuída às novas leis.

Mais do que isso, porém: o enquadramento da informática no Direito Autoral não se fez sem impor a este uma entorse grave. O Direito Autoral de hoje não é já o que era há uns escassos 15 anos atrás.

O Direito de Autor foi desviado para proteger realidades meramente tecnológicas, para que não era adequado. Isso implicou um abaixamento geral do nível de criatividade que seria o distintivo do Direito de Autor. E pôs em crise os princípios fundamentais deste ramo.

A situação é tal que as justificações até aqui avançadas para o exclusivo atribuído deixam de ser utilizáveis.

Dizia-se que o direito de autor se destinava a premiar o contributo trazido pelo autor à colectividade e a estimular as novas produções, mediante um exclusivo atribuído por período limitado...

O período actual de protecção não é limitado, no sentido substancial: 70 anos pós-morte¹⁷, que podem chegar até mais de 150 se o autor morrer muito após a criação da obra, não têm nada de limitado.

Por outro lado, vemos competir com o autor e superá-lo outra entidade que, directa ou indirectamente, é a verdadeira beneficiária da protecção: o empresário “cultural”. Este é já colocado em paridade com o autor nas justificações oficiais: é

¹⁷ E que são já de 95 anos ou mais em vários países.

necessário *proteger o investimento*¹⁸. Na realidade, o autor é apagado. Por isso também, o direito “moral” do autor está ausente dos novos instrumentos internacionais.

Este protagonismo real do empresário é uma anomalia. Não se explica que se crie um ramo do Direito altamente proteccionista com o fundamento na dignidade da criação intelectual para o pôr afinal ao serviço da protecção dos investimentos.

Os investimentos devem ser protegidos; mas devem sê-lo por meios adequados e proporcionais a esse objectivo. Não tem sentido que o sejam pelo Direito Autoral, que é construído com finalidade diferente.

Isto explica que a protecção seja afinal atribuída sem qualquer consideração verdadeira da criatividade ou da contribuição para o progresso cultural. Se o que se protege precipuamente são os investimentos, interessa o investimento feito, qualquer que ele seja, e não a qualidade ou até a própria existência de uma obra.

Daqui resulta uma hiperprotecção do empresário no domínio das indústrias de *copyright*. Hiperprotecção que, lamentavelmente, vai sempre em acréscimo.

Essa hiperprotecção tem consequências graves. É apresentada como destinada a fomentar a cultura; mas pelo contrário, cria todas as condições para tornar mais difícil, porque mais oneroso, o acesso à cultura.

Tem também implicações ao nível da concorrência. A hiperprotecção fortaleceu a constituição de grandes grupos, nos países exportadores de produtos de *copyright* e também a nível mundial. A concentração das empresas de comunicação, ou de “conteúdos” em geral, que o Direito tornou possível, dá-lhes um poder tal que não se vê possibilidade séria de que novas empresas consigam atingir esse nível. A

¹⁸ Também se fala em proteger a inovação, mas em muitos casos nem sequer esta é exigida.

hiperprotecção, por meio de direitos exclusivos, eliminou afinal a concorrência para o exterior desses grupos. O oligopólio está definitivamente implantado ¹⁹.

11. O intercâmbio de ficheiros musicais e audiovisuais

A tendência para tudo proteger pelo Direito de Autor tem levado a consequências maltusianas no desenvolvimento das potencialidades da rede.

É muito elucidativo o que se passou no caso Napster, que é de todos conhecido. A tecnologia MP3 tornou possível o intercâmbio de ficheiros musicais entre terminais. Na progressão, chegou-se também ao intercâmbio de obras audiovisuais.

A inovação obteve uma adesão entusiástica do público, dada a qualidade da peça obtida e a sua quase gratuitidade. Mas provocou a reacção das empresas que faziam a exploração económica, por colocar em risco os seus resultados. Após várias vicissitudes judiciais norte-americanas, chegou-se a uma proibição sumária, como violação do Direito Autoral.

A decisão foi mal estudada nas ordens jurídicas do sistema romanístico. Aqueles casos norte-americanos discutiam o *fair use*, que tem como um critério relevante o “prejuízo” que se traz para o titular de direitos autorais ²⁰. Nos sistemas romanísticos, os dados são outros.

O fundamental residia em apurar se a reprodução dos ficheiros representava ou não um acto de uso privado. Com efeito, a Napster não procedia ela própria à reprodução. Utilizava programas que lhe permitiam detectar onde se encontrava em rede, disponível para reprodução, a peça que se desejava. Tendo-a apontado ao interessado, era este quem realizava depois a descarga desse ficheiro.

¹⁹ E em certos casos há razões para supor que por meio de acordos, ao menos tácitos, se estabeleceu já o monopólio a nível mundial.

²⁰ Cfr. o nosso *O fair use no Direito Autoral*, in Revista da ABPI – XXII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, Anais 2002, 94-101; in Rev. Forense, 365, 73-83; e in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. IV, APDI/Coimbra Editora, 2003, 89-106.

No respeitante às obras audiovisuais, o esquema era ainda mais radical. A empresa em causa não localizava sequer os ficheiros disponíveis em rede. Limitava-se a fornecer aos interessados um programa que permitia que eles o fizessem. Eram pois os utentes quem procedia, quer à localização, quer à descarga. Não obstante, foi também proibido nos Estados Unidos, como mero corolário da proibição da Napster.

Se entendermos porém que na base havia um uso privado, e que este é livre quando não houver regra em contrário, toda a questão deverá ser reequacionada dentro dos sistemas jurídicos em que nos situamos²¹.

Não nos propomos fazê-lo aqui. O caso serve-nos antes para ilustrar as graves questões implicadas na aplicação radical do Direito de Autor clássico às utilizações em rede.

A Napster procurou adaptar-se à nova situação, atribuindo remunerações aos titulares de direitos, mas não o conseguiu. Acabou por ser vendida, e os novos gestores procuram agora firmar convénios com os titulares de direitos que tornem ainda atraentes para os utentes as condições propostas.

O caso Napster aparece todavia como muito significativo, por uma pluralidade de razões.

Primeiro, porque trouxe a consagração, em caso paradigmático, da orientação que pretende que o ciberespaço está sujeito às mesmas leis de Direito Autoral que o espaço comum.

A recepção no sistema romanístico, ao menos implícita, das posições dos juizes norte-americanos trouxe consigo²² *uma redução do espaço do uso privado*.

No ponto de vista económico, se eliminou a gratuidade de aquisição, levou por outro lado as gravadoras a *baixar os preços praticados*, para tornar mais

²¹ No Brasil, haverá que reexaminar a questão à luz da Lei n.º 10 695, de 1.º de Julho, no que respeita à sua repercussão sobre o uso privado.

²² Embora não irremissivelmente.

atraente a compra oficial que o recurso, que por várias vias se continuava a fazer, ao intercâmbio de ficheiros.

Fez entrar as empresas numa *guerra desproporcionada contra os utilizadores* dessas técnicas. Agora, porém, já não apenas contra as empresas que fornecem os meios, mas contra os próprios usuários que são detectados. É assim que se anuncia em Espanha que estão prontos a avançar processos contra 95 000 usuários!

Entramos no absurdo. Se é difícil a responsabilização das empresas intermediárias, é muito mais difícil a dos usuários que fazem uso privado. E, quando se atinge uma dimensão desta ordem, há que parar para repensar toda a questão, porque estamos a entrar num beco sem saída.

O que impressiona mais, em todo este processo, é que o Direito Autoral está a ser activado num sentido que conduz à *redução das possibilidades tecnológicas* permitidas pela rede. A reacção tem um efeito maltusiano, pois leva a uma exclusão do que representa um progresso da comunicação e da informação.

Este resultado é muito de temer. O Direito Autoral não pode ser utilizado como um redutor das possibilidades que o “código” traz consigo.

O difícil equilíbrio a buscar encontra-se numa posição do meio, em que a renúncia à gratuidade tem de ter como contrapartida condições mais atraentes de aquisição e a diferenciação dos utilizadores; mas em qualquer caso, que não impliquem a *repressão das potencialidades tecnológicas* positivas que a rede disponibiliza.

12. A corrosão dos pilares do Direito de Autor

Estamos a chegar à fase do **Direito de Autor sem autor**. A isso chamam alguns a *morte do Direito de Autor*. Não significa que o Direito de Autor desapareça, mas que nesta fase o autor se vai tornando um elemento descartável, ou pelo menos marginal.

Isso resulta, desde logo, do abandono do critério da criatividade. O sistema anglo-americano do *copyright* ganhou. O Direito de Autor desceu à protecção

da banalidade. A própria Comunidade Europeia prepara-se para propor agora a substituição da criatividade pela *originalidade*, invocando a necessidade de harmonização²³. É o dobre de finados: a originalidade é muito mais um requisito das inovações industriais que do objecto do Direito de Autor.

Concorrentemente, prossegue a equiparação entre a protecção concedida pelo direito de autor e pelos direitos conexos. Estados Unidos e Comunidade Europeia estão, ao menos tacitamente, de acordo em unificar cada vez mais os dois complexos.

Compreende-se que se proceda assim. Se o que está em primeiro plano é a *protecção dos investimentos* (ou, no máximo, das *inovações*) das indústrias de *copyright*, passa a ser irrelevante que essas inovações tenham ou não a característica da criatividade, e portanto o acto de criação que é a marca do autor.

Por outro lado, os *direitos conexos* protegem já, salvo no que respeita aos artistas, puras prestações empresariais²⁴, pelo que se integram abertamente no modelo da protecção das empresas de *copyright*

Mesmo certos acréscimos de protecção, que aparentemente beneficiariam os autores, são na realidade antes dirigidos à protecção das empresas. Seja o caso dos *aumentos dos prazos de protecção*²⁵. Os autores nunca se sentirão estimulados deste modo: é-lhes irrelevante. Mas para as empresas de *copyright* isto significa atribuir-lhes, limpos, vinte anos ou mais de prorrogação da exploração económica.

Mas não há apenas o Direito de Autor sem autor: há também o **Direito de Autor sem obra**.

Se o que se protege é a actividade empresarial, é indiferente que o objecto protegido tenha o carácter de obra. Só interessa a mercadoria intelectual, seja ela qual for.

²³ Generalizando o termo usado marginalmente, nos programas de computador, nas fotografias não artísticas, nas bases de dados e nas obras de arte aplicada.

²⁴ Assim se passa com os produtores de fonogramas e de videogramas e com os organismos de radiodifusão.

²⁵ Que chegam até 90 ou 100 anos pós-morte, em certos países.

Sem se confessar, isso resulta já dos sistemas tecnológicos de protecção e de informação sobre a gestão dos direitos.

Se se abandona afinal ao titular do sítio, embora a pretexto do direito de autor, a liberdade de estabelecer ilimitadamente dispositivos de protecção, isso significa que o conteúdo do sítio passou a ser indiferente. As obras ou prestações protegidas estão no mesmo plano que quaisquer outros conteúdos. Invoca-se o Direito Autoral, mas é indiferente que haja ou não objecto protegido.

O mesmo resulta dos dispositivos de informação para a gestão dos direitos. O titular do sítio tem a liberdade de os apor a qualquer conteúdo. Como não há nenhuma previsão de controlo, o facto de se referirem ou não a uma obra torna-se irrelevante.

Tudo isto é coerente com o abaixamento do nível de exigência da criatividade a que vimos assistindo. A protecção pelo Direito Autoral dos programas de computador, que não são obras, não é ocorrência isolada. É um marco no caminho da dissolução na obra no conteúdo das indústrias de *copyright*. Estas prescindem bem de qualquer prurido de natureza qualitativa.

Estão assim lançados os alicerces do Direito de Autor sem obra.

13. A informação em risco na sociedade da informação.

Cada vez se torna mais nítido que Direito de Autor, comunicação, ciberética, é tudo uma corrente que desemboca na problemática básica da informação. A informação é o elemento nuclear que está em jogo.

O século passado revolucionou brilhantemente a problemática da comunicação. Assegurou o que deveríamos chamar a *sociedade da comunicação*. Ficámos próximos do ideal da comunicação de todos com todos.

Mas não assegurou a sociedade da informação, e muito menos a sociedade do conhecimento.

Houve a consciência que a *informação é o elemento estratégico do processo social*. A quantidade de informação disponível cresceu exponencialmente. A informação foi utilizada como nunca na história, na propaganda política, na estratégia militar, na comercialização...

Mas o significado da informação disponível depende de produzir ou não o conhecimento. O valor da informação não se mede por quantidades. A questão passa a ser: esta informação produz o conhecimento, ou não? A sociedade de massas oferece uma quantidade fantástica de informação disponível mas de que não resulta informação assimilada. Ela não gera por si o conhecimento.

São hoje visíveis as ambiguidades que se ocultam na referência, já de si indefinida, à “sociedade da informação”.

Quando as televisões de todo o mundo oferecem simultaneamente as mesmas imagens, não estamos perante um desenvolvimento, mas perante uma *redução da informação*.

Quando, na aparente diversidade, os dados são filtrados e controlados de formas mil, não há informação, há *desinformação*.

O interesse empresarial pela informação traduz-se num movimento de *monopolização e privatização* da informação que foi assinalado²⁶. A informação tem cada vez mais gravames. Esses gravames servem as empresas de informação, mas não a informação e o conhecimento das pessoas.

Particularmente, é importante o que respeita ao *agnosticismo sobre o conteúdo da informação*.

Se a informação é mero dado, sem nenhuma consideração de conteúdo, a meta da sociedade do conhecimento permanece sempre longínqua. Mas é isso que resulta da banalização total da matéria oferecida. Foi preciso banalizar o Direito de Autor para que a indústria da informação progredisse sem estorvo.

²⁶ A expressão é de Andreas Wiese, *Information als Naturkraft*, GRUR, 4/94 (Abril), 233-246 (245).

Mas se se abandonam todas as considerações qualitativas e o critério passa a ser dado pelo mercado; se os entes públicos se demitem de qualquer função orientadora; então a informação será produto de supermercado, mas não conduzirá a uma sociedade de conhecimento ou ao desenvolvimento da cultura.

Há aqui, evidentemente, questões da maior gravidade a ponderar. Mas é indispensável distinguir cultura e pornografia. Até agora, apenas se retiraram as barreiras a uma penetração indiscriminada de conteúdos preparados alhures. É preciso agora aumentar a participação própria e saber como aproveitar realmente a informação disponível.

O Direito Intelectual também não é neutro. Ou serve o conhecimento e a cultura ou está a ser afastado das razões e raízes fundamentais que estão na base da sua implantação.