

**MÚSICA E ELECTRÓNICA: SOUND SAMPLING,  
OBRAS DE COMPUTADOR E DIREITOS DE AUTOR NA INTERNET\***

**ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA**

Sumário: 1. A adaptação do Código do Direito de Autor ao novo paradigma tecnológico. 2. Plasticidade das obras electrónicas, «sound sampling» e o «morphing» digital. 3. O problema dos direitos morais. 4. Autor e obra gerada por computador. 5. Convergência das formas de exploração e noção de público. 6. Protecções técnicas e acesso condicional: “Elektron, ou do direito de autor tecno”? 7. O direito de autor como “a propósito” da apropriação tecnológica e jurídica da informação (ou da origem e evolução da propriedade tecnodigital). 8. A importância do interesse geral na configuração da nova propriedade.

“Aquilo que Hermann Hesse conta aqui na forma de uma lenda é realidade histórica. Em 1793, J. J. Hummel publicou, em Berlim e Amesterdão, as *Instruções em Quatro Línguas sobre como compor Valsas e Contradanças com Um Par de Dados*. Em 1806, C. Wheatstone, de Londres, pôs no mercado algo idêntico com o título de *Jogo Musical de Mozart, numa caixa elegante, mostrando como compor facilmente infinitas valsas, rondós, danças e músicas escocesas*. Não se sabe se Mozart foi efectivamente o autor deste jogo. Alguns dos seus livros de apontamentos sugerem que, pelo menos, lhe dedicou bastante atenção. Os musicólogos suspeitam que Joseph Haydn e Carl Phillip Emanuel Bach também tiveram algo a ver com o desenvolvimento deste jogo. Em qualquer dos casos, o certo é que um *Método para Sacar Sonatas da Manga* foi publicado em 1783 por Johann Phillip Kirnberger, em Berlim.” (Eigen, Manfred / Winkler, Ruthild, *O Jogo. As leis naturais que regulam o acaso*, trad. Carlos Fiolhais (*Das Spiel*), Lisboa: Gradiva, 1989, p. 413)

1. Se a propósito da lei espanhola de 1987 (LPI) se escreveu que, por causa das novas tecnologias em que os meses são anos, terá nascido como “uma lei conservadora e um tanto obsoleta”<sup>1</sup>, a propósito da nossa diríamos que, no mínimo, não foi feita “para abranger este meio técnico de utilização.”<sup>2</sup> Com efeito, o nosso Código do Direito de Autor data de meados da década de oitenta do passado século. Foi revisto algumas vezes, em especial, recentemente, para transpor directivas comunitárias. Todavia, parece ter sido

---

\* Texto de apoio à comunicação apresentada ao 6.º Curso de Pós-Graduação em Direito da Sociedade da Informação, realizado conjuntamente pela Faculdade de Direito de Lisboa e pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual, no dia 8 de Janeiro de 2003.

<sup>1</sup> Rogel Vide, Carlos, *Nuevas Tecnologías y Propiedad Literaria*, in *Revista de Derecho Privado*, 1996, p. 699.

<sup>2</sup> J. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 483. V. tb. Alexandre Dias Pereira, *O Código do Direito de Autor e a Internet*, in [www.verbojuridico.net](http://www.verbojuridico.net) (ex Jurinet / Digital-forum.net).

opção do legislador deixar de fora do Código os problemas da informática, gerando paralelamente um direito de autor da informática através de legislação avulsa. Assim, em matéria de programa de computador, qual cavalo de Troia da tecnologia digital, optou o nosso legislador, à semelhança do seu congénere belga, por deixá-lo fora do Código, tendo o mesmo sucedido, *mutatis mutandis*, relativamente à protecção das bases de dados.

Não obstante, a necessidade de adaptar o Código às novas tecnologias foi já reconhecida na transposição de uma directiva comunitária: “Evitou-se a introdução de alterações profundas no corpo dos normativos do Código, por se entender que a revisão deste, se bem que necessária, representa um trabalho a realizar num horizonte de tempo mais longo” (DL 332/97, 27.11). Esse trabalho de “actualização” do Código passa, em larga medida, pelo diploma de transposição da directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação<sup>3</sup>, sendo certo que, no essencial, “os princípios cardinais não mudaram”<sup>4</sup>.

Com efeito, a evolução do direito de autor confunde-se com o progresso tecnológico, isto é, “a história do direito de autor é um processo de reacção jurídica aos desafios da técnica”<sup>5</sup>, evoluindo a propriedade intelectual em resposta à mudança tecnológica<sup>6</sup>. Pelo que a adaptação do direito de autor ao novo ambiente, exigida pela mudança de paradigma tecnológico, do analógico para o digital, será apenas mais um passo na evolução histórica deste instituto<sup>7</sup>.

Todavia, a palavra de ordem parece ser o “reforço do direito de autor”, em ordem a responder ao «ambiente de risco» que a tecnologia digital potencia. Ao mesmo tempo, é também preocupante que, a propósito do direito de autor, se instituem formas de propriedade intelectual, que permitem converter a “informação em mercadoria armazenada com fins lucrativos”<sup>8</sup>. Será que, afinal, a adaptação do direito de autor ao novo ambiente tecnológico não está a gerar uma nova propriedade, que lhe aproveita o código conceptual embora não o acompanhe nos seus fundamentos? Será este o tempo da admirável propriedade tecnológica ou «tecnodigital»?<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

<sup>4</sup> Fernández Ballesteros, Carlos, *El viejo mundo del derecho de autor*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, Lisboa: Cosmos/Arco-Íris, 1994 [Comunicações, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Lisboa, 15-18 de Novembro de 1994], p. 51 (“En otras palabras, el ‘viejo mundo’ del derecho de autor sigue siendo el de hoy y será el de mañana.”).

<sup>5</sup> Schricker, Gerhard, *Urheberrecht. Kommentar*, München: Beck, 1987, Einl., p. 52.

<sup>6</sup> *Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights* (Bruce Lehman, Ronald Brown), September 1995, p. 7 (NII White Paper).

<sup>7</sup> Vide Goldberg/Feder, *Copyright and Technology: The Analog, the Digital, and the Analogy*, Symposium, WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighboring Rights, 37 (March 31 - April 2, 1993), *apud* NII White Paper, p. 178, n. 505.

<sup>8</sup> Miguel Baptista Pereira, *Filosofia da Comunicação*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, Actas do Colóquio Internacional, IJC/FDUC 1993, Coimbra, 1996, p. 65.

<sup>9</sup> Vide Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, BFD, Stvdia Ivridica 55, Coimbra, Coimbra Editora, 2001; Idem, *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, in *Intellectual Property*

2. Tradicionalmente, a noção de obra, que constitui o objecto do direito de autor, é uma noção geral, de concretização aberta, ilustrada através de um catálogo de exemplos, no sentido de proteger todas as criações de formas originais de expressão literária ou artística. Nesse sentido, o conceito de obra é aberto aos programas de computador e às bases de dados electrónicas. Todavia, quão aberta e elástica é a noção de obra?

Por outro lado, a “visão romântica de autoria”<sup>10</sup> é profundamente afectada no emergente paradigma tecnológico, suscitando-se a questão de saber quem cria no ambiente digital dos sistemas informáticos interactivos. Na verdade, cada vez mais o acto de criação é assistido, senão mesmo realizado, por computadores, através de programas informáticos e bases de dados electrónicas, recorrendo a material pré-existente<sup>11</sup>. Poderá um computador, utilizando um poderoso sistema de inteligência artificial, vir um dia a ser considerado autor de uma obra musical para efeitos de protecção pelo direito de autor?

Acresce que a nova tecnologia suscita também o problema de apurar o significado, em face do direito de autor, de actos praticados sobre obras por meios electrónicos. O direito exclusivo é definido através de uma cláusula geral que abrange todos os modos possíveis de utilização, presentes ou futuros, sendo essa cláusula geral ilustrada mediante um catálogo de exemplos de formas de utilização, a que correspondem determinados regimes especiais.<sup>12</sup> Todavia, apesar de não se tratar de uma tipificação taxativa das formas de utilização, torna-se necessário saber em que termos se processa a utilização de obras por computador. Assim, será necessário pressupor uma noção do que é usar uma obra<sup>13</sup> e, em função dessa noção, determinar, por exemplo, se certos actos como o carregamento e o armazenamento de uma obra na memória de um computador afectam o direito de gozo exclusivo e em que termos.<sup>14</sup> O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para actos de transmissão

---

*in the Digital Age: Challenges for Asia*, IEEM Macau, 5/6 June 2000, IEEM Conference Series, C. Heath and A.K. Sanders (eds.), Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001, pp. 65-94.

<sup>10</sup> Boyle, James, *Shamans, Software, & Sleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge/London: Harvard University Press, 1997, p. 58.

<sup>11</sup> Vide, por ex., Goldstein, Paul, *Computer-Assisted and Computer-Generated Works (Final Remarks)*, in *L'informatique et le droit d'auteur*, ALAI, Cowansville: Yvon Blais, 1989, p. 541.

<sup>12</sup> Cfr., por ex., Luiz Francisco Rebello, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos - Anotado (seguido de Legislação Complementar, Convenções Internacionais e Directivas Comunitárias)*, 3.ª edição revista e actualizada, Lisboa, Âncora, 2002, pp. 112 e ss. Para uma explicitação doutrinal do “direito de utilização” vide António Ferrer Correia / Almeno de Sá, *Direito de autor e comunicação pública de emissões de rádio e televisão*, BFD (Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra), 1994, p. 9.

<sup>13</sup> Vide, por ex., Millé, António, *Uso de obras por la informática*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, I, cit., p. 329-30, definindo a utilização de uma obra como “simplesmente, fazer uso — por propriedade ou delegação — das faculdades exclusivas que as leis concedem aos autores, explorando-as de alguma maneira.”

<sup>14</sup> Já no sentido da interferência da memorização informática com o direito de reprodução vide, nomeadamente, Desbois, Henri, *Le droit d'auteur en France*, 3.ª ed., Paris: Dalloz, 1978, p. 57. De resto, o nosso Código não deixa de incluir já nas formas de utilização da obra “a fixação ou adaptação a qualquer aparelho destinado à reprodução mecânica, eléctrica, electrónica ou química e a execução pública, transmissão ou retransmissão por esses meios” (art. 68.º, 2-d, *italico* nosso). Todavia, a referência à “reprodução electrónica” suscita uma série de questões que o Código não resolve — nem poderia, ao tempo da sua aprovação, resolver —, como sejam a relevância jurídica de actos de simples transporte (“mere conduit”), armazenagem temporária

de obras entre sistemas informáticos em rede. Trata-se de reprodução ou de comunicação ao público? Não serão antes actos de distribuição?<sup>15</sup> E, se se entender que uma tal cópia, ainda que temporária, constitui um acto de reprodução sujeito à autorização do titular dos direitos, não se estará a eliminar a faculdade de reprodução para uso privado que de outro modo tornaria esse acto livre?<sup>16</sup>

Além do mais, a potencial natureza «metamorfósica» e «plástica» das obras em suporte electrónico afecta os direitos morais, pondo em causa os tradicionais conceitos de

---

("caching") e em servidor ("hosting"), previstos pela Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno ("Directiva sobre comércio electrónico"), no quadro dos limites à responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços (arts. 12.º a 16.º), e que a Directiva 2001/29/CE excluía, posteriormente, em certos termos, do conteúdo do direito de reprodução, juntamente com os actos de «*browsing*» (art. 5.º, 1). Por isso defendemos que, enquanto as directivas comunitárias não forem transpostas deverá o Código ser interpretado segundo o regime nelas previsto: *vide* Alexandre Dias Pereira, *Instrumentos de pesquisa, direitos exclusivos e concorrência desleal*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, APDI/FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 228 ss. De resto, no direito comparado, é de registar que a estadunidense *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*, Tit. II da DMCA (*The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, Oct. 28, 1998) consagrou um regime semelhante no domínio dos direitos de autor. Sobre a DMCA *vide*, com mais indicações, Alexandre Dias Pereira, *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, LXXV, Coimbra, 1999, pp. 475 ss.

<sup>15</sup> A qualificação de tais actos por meios electrónicos é dificultada, uma vez que às categorias de fixação e reprodução parece faltar a durabilidade e a corporalidade do suporte, o mesmo valendo para a distribuição, relativamente aos exemplares; além disso, tratando-se de acto de comunicação pública seria necessário considerar que a comunicação da obra é feita a pedido, para utilização em privado, num meio familiar.

<sup>16</sup> Cfr. Piette-Coudol, Thierry / Bertrand, André, *Internet et la loi*, Paris: Dalloz, 1997, p. 144. Ente nós, a liberdade da cópia privada está prevista no art. 81.º-b, do Código do Direito de Autor, se bem que com reservas, uma vez que a reprodução para uso privado só é admitida na medida em que "não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos legítimos interesses do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização". Assim, dois dos três passos da regra da Convenção de Berna (art. 9, 2) foram deixados ao decisor, não se entendendo que o uso privado, só por si, satisfaz os três passos da regra. Nesta matéria, o jogo da Directiva 2001/29/CE é curioso. Permite a reprodução electrónica ou digital "para uso privado de uma pessoa singular e sem fins comerciais" (e se forem fins profissionais, embora não comerciais?), na medida em que "os titulares de direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação de medidas de carácter tecnológico" (art. 5.º-b), acrescentando-se que tal excepção só será permitida "em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito" (art. 5.º, 5). Mas, não é a reprodução para uso privado já um "caso especial"? E, só por si, não satisfaz este caso especial, nas condições referidas, a regra dos três da Convenção de Berna? Finalmente, permite ainda o instrumento comunitário que um Estado-Membro tome medidas no sentido de os beneficiários da excepção de cópia privada possam dela tirar partido, isto é, um Estado-Membro poderá prever na sua lei interna que a utilização (bem como a sua promoção, distribuição, etc. – art. 6.º, 1 e 2) de dispositivos de neutralização de um sistema anti-cópia não será proibida, "a menos (note-se!) que a reprodução para uso privado já tenha sido possibilitada por titulares de direitos na medida necessária para permitir o benefício da excepção ou limitação em causa e em conformidade com o disposto no n.º 2, alínea b), e no n.º 5 do artigo 5.º, sem impedir os titulares dos direitos de adoptarem medidas adequadas relativamente ao número de reproduções efectuadas nos termos destas disposições" (art. 6.º, 4, par. 3). Enfim, de tudo isto parece resultar que o legislador comunitário se dá bem com a erradicação da liberdade de cópia privada no ambiente digital, como já o fizera para os programas de computador e as bases de dados, permitindo aos titulares de direitos substituírem-se aos Estados-Membros na delimitação desse espaço de liberdade, que se antecipa muito escasso (ou talvez o bastante para justificar a compensação devida pela reprodução – art. 82.º do Código). Onde essa liberdade parece ser, de todo, excluída é no domínio do *pay-per-view* interactivivo, uma vez que o estrito regime da liberdade de cópia privada digital "não se aplica a obras ou outros materiais disponibilizados ao público ao abrigo de condições contratuais acordadas e por tal forma que os particulares possam ter acesso àqueles a partir de um local e num momento por eles escolhido" (art. 6.º, 4, par. 4). Afinal, talvez este regime seja capaz de satisfazer as exigências do comércio mundial protegidas ao abrigo do Acordo ADPIC...

paternidade, integridade e genuidade<sup>17</sup> que se destinam a proteger a personalidade do autor<sup>18</sup>. Com efeito, as obras exprimem-se em sequências binárias, cuja manipulação e reconfiguração permite, por exemplo, a introdução de toda uma série de alterações à obra. Isto parece afectar a compreensão tradicional do direito moral, se for de entender que os actos de modificação são, só por si, lesivos deste direito.<sup>19</sup>

Finalmente, entre outras questões, destacaríamos a problemática relativa à protecção do material através de aplicações da criptografia e da estenografia. A tecnologia oferece respostas para os problemas da pirataria. Trata-se de dispositivos que impedem a cópia das obras, bem como o acesso, e que permitem identificá-las no que respeita, nomeadamente aos titulares de direitos e condições de utilização. Estes dispositivos permitem uma personalização da utilização das obras, tornando possível uma gestão de direitos mais individualizada.<sup>20</sup> Porém, estes dispositivos não apenas protegem obras protegidas pelo direito de autor e pelos direitos conexos, mas também todos os conteúdos informativos em suporte electrónico. Ora, a protecção jurídica de tais sistemas técnicos poderá eclipsar os tradicionais limites ao direito de autor, gerando uma nova forma de propriedade baseada sobretudo no conceito de acesso condicional.

Será efectivamente este o sentido para que aponta o processo de actualização do direito de autor? Percorreremos os passos seguintes, procurando respostas para as diversas questões formuladas, em ordem a encontrar uma solução para aquele problema de fundo.

3. Nos meios de comunicação tradicionais, o direito de autor assenta no princípio de que as obras podem ser fixadas e reproduzidas num suporte comunicativo e assim permanecem. Porém, em suporte electrónico a obra passa a ser marcada pela “plasticidade”, estando em causa o problema da sua unidade.<sup>21</sup> Por outras palavras, tradicionalmente a tangibilidade dos suportes tradicionais dos exemplares da obra

---

<sup>17</sup> Vide, por ex., Reh binder, Manfred, *Multimedia und Urheberpersönlichkeitsrecht*, ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht), 1995, p. 684.

<sup>18</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *O direito de personalidade de autor*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, cit., p. 541.

<sup>19</sup> Mesmo que se entenda, como nós, que o que está em causa é a protecção da personalidade do autor, mesmo assim as características da irrenunciabilidade e inalienabilidade deste direito implicam que, em princípio, as modificações da obra estarão sempre, em última instância, sujeitas ao controlo do autor. Cfr. Alexandre Dias Pereira, *Informática*, cit., pp. 339 s (§ 30. Pessoaalidade e Direito Moral).

<sup>20</sup> Sobre a problemática da gestão do direito de autor no ambiente digital vide *Gestão Colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital: Situação e Perspectivas*, AA.VV., Actas do Colóquio organizado pelo Gabinete do Direito de Autor em 23 e 24 de Março de 2000, Ministério da Cultura, Lisboa, 2001; e, mais recentemente, Alexandre Dias Pereira, *Gestão Individual e Colectiva do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, APDI/FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, com indicações bibliográficas.

<sup>21</sup> Especialmente no quadro dos ambientes artificiais de realidade virtual, a existência de uma forma estável e única da obra cede perante a possibilidade de modificação evolutiva (*morphing*), em que a “linearidade” da obra é posta em causa pela interactividade, sendo substituída pela criação de produtos artísticos híbridos. Vide Millé, António, *Las ‘artes cibernéticas’ y sus problemas de propiedad intelectual*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, cit., p. 722 s.

colocava obstáculos à sua transformação. Agora, em suporte electrónico, as obras tornam-se “plásticas” por natureza, isto é, podem ser facilmente transformadas de uma forma para outra, ou alteradas.

Esta problemática chegou a pôr em causa a noção de obra como objecto do direito de autor. Não obstante, concordamos com o entendimento segundo o qual “só por si, o facto de que a digitalização permite formatos unitários para obras diferentes, tal como a compressão de dados permite a combinação de diversas obras, tal não pode conduzir a pôr de parte a obra como fundamento de protecção do direito de autor.”<sup>22</sup>

Na realidade, com a electrónica, as obras são reunidas sob uma única forma, qualquer que seja o seu género, sendo exploradas através de estruturas de distribuição idênticas que provêm de uma mesma plataforma tecnológica.<sup>23</sup> Assim, a digitalização afecta, desde logo, o sistema tradicional de classificação do direito de autor no que respeita aos diversos tipos de obras, que foi elaborado por referência a diferentes meios de comunicação (imprensa, cinema, radiodifusão).<sup>24</sup> Em forma electrónica, as obras protegidas pelo direito de autor analisam-se em sequências de dígitos, tal como os programas de computador em código-objecto. Isto é, “em forma digital, uma obra é geralmente gravada (fixada) como uma sequência de dígitos binários (zeros e uns) utilizando meios especiais de codificação.”<sup>25</sup> Sendo que o modo como os dígitos são processados irá determinar o tipo de obra cuja existência será sensorialmente apreendida.<sup>26</sup>

Por outro lado, a digitalização permite a desfragmentação da própria obra, isto é, “a digitalização permite desfragmentar a obra até cerca de pontos individuais de uma obra de imagem, ou a sons individuais de obras musicais, e através da ‘remontagem’ de tais pequenas partes construir uma nova unidade.”<sup>27</sup> Pense-se, por exemplo, no chamado *sampling* (de música ou de imagem), em que uma pequena sequência de dígitos pode

---

<sup>22</sup> Schricker, Gerhard (Hrsg.), *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft* (Von Thomas Dreier, Katzenberger, Silke v. Lewinski, Gerhard Schricker), Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 31.

<sup>23</sup> Cfr. Dreier, Thomas, *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, in *Propriétés Intellectuelles*, Mélanges en l'honneur de André Françon, Paris: Dalloz, 1995, p. 119 s, e Idem, *Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts*, in Becker, Jürgen / Dreier, Thomas (Hrsg.), *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden: Nomos, 1994, p. 123 s; Maria Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor: Alguns Problemas*, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XVII 1996, Madrid: Universidad de Santiago de Compostela/Marcial Pons, 1997, p. 178 (o “que é novo e faz a radical diferença é a integração destas obras literárias, artísticas, musicais, audiovisuais, fotográficas, plásticas, numa forma digital comum, que permite o seu armazenamento, manipulação e exibição.”).

<sup>24</sup> Cfr. Manuel Lopes Rocha / Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço (seguido de um glossário de termos e abreviaturas)*, Lisboa: Cosmos, 1996, p. 80.

<sup>25</sup> *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, cit., p. 26.

<sup>26</sup> Cfr. Loewenheim, Ulrich, *Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen*, GRUR (*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*), 1996, p. 831. Além do mais, uma sequência de dígitos, inicialmente criada como uma sequência animada de imagens, poderá ser processada para, por exemplo, produzir uma obra musical em função do movimento registado.

<sup>27</sup> Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, cit., p. 31.

constituir um bem económico extremamente valioso.<sup>28</sup> Em causa está saber, dentro das várias sequências de dígitos em que se decompõe, qual será a mais pequena das partes protegidas<sup>29</sup>. Numa perspectiva técnica será certamente a partícula sequencial de dígitos que constitui a parte isolável mais pequena. Todavia, é problemático em face da lógica do direito de autor que se possa considerar um dígito ou uma pequena série de dígitos como objecto susceptível de protecção. Com efeito, numa perspectiva jurídica, parece que “as novas possibilidades técnicas de fragmentação e manipulação não devem conduzir a que sejam de proteger também as mais pequenas partículas da obra”<sup>30</sup>, isto é, as “partes de obras deverão beneficiar de protecção quando satisfizerem os requisitos de protecção. As novas possibilidades técnicas da fragmentação e exploração digitais de partes de obras não podem ser tuteladas pelo direito de autor, mas antes pelo direito da concorrência desleal.”<sup>31</sup> Todavia, resta saber qual será a interpretação jurisprudencial sobre o amplo conceito de reprodução consagrado pela directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação, em especial no que respeita à noção de reprodução parcial.<sup>32</sup>

4. Uma outra questão que a fragmentaridade e a plasticidade das obras em forma electrónica colocam é saber em que medida será possível, no novo contexto tecnológico, respeitar o direito moral do autor à paternidade e, particularmente, à integridade da obra. Uma característica deste novo ambiente é o facto de as obras digitalizadas poderem ser facilmente modificadas, desintegradas, reformatadas ou combinadas. Ora, como assegurar o direito moral do autor no ambiente digital quando as cópias materiais desaparecem?<sup>33</sup> Há quem entenda que o direito moral deveria ser reservado para as obras de arte pura: neste paradigma da criação informática a obra estaria em constante evolução, tendo por vocação, não exprimir a personalidade do autor, mas antes responder às necessidades do utilizador, pondo à sua disposição, de modo interactivo, um conjunto de elementos pré-

---

<sup>28</sup> Sobre a problemática do *sampling* musical, potenciado pela tecnologia digital, *vide*, por ex., Hoeren, Thomas, *Sounds von der Datenbank: Zur urheber- und wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Samplings in der Popmusik*, GRUR 1989, p. 11, p. 580 s; Bortloff, Nils, *Tonträgersampling als Vervielfältigung*, ZUM 1993, p. 476 s, Schulze, Gernot, *Urheberrecht und neue Musiktechnologien*, ZUM 1994, p. 15; e, desenvolvidamente, Weßling, Bernhard, *Der zivilrechtliche Schutz gegen digitales Sound-Sampling (Zum Schutz gegen Übernahme kleinster musikalischer Einheiten nach Urheber-, Leistungsschutz-, Wettbewerbs- und allgemeinem Persönlichkeitsrecht)*, Baden-Baden: Nomos, 1995, *passim*.

<sup>29</sup> Cfr. Hill, V. R., *What is the Smallest Copyrightable Element in a Multimedia Work*, Computer Law, 3/1996, pp. 16-8.

<sup>30</sup> Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, cit., p. 32.

<sup>31</sup> Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, cit., p. 49.

<sup>32</sup> Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (art. 2.º: “no todo ou em parte”).

<sup>33</sup> *Vide*, por ex., Dietz, Adolf, *Moral rights and technological challenge*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, cit., p. 551 s; Alder, Daniel, *Urheberpersönlichkeits- und Persönlichkeitsrechte auf dem Information Highway*, in Hilty, Reto (Hrsg.), *Information Highway (Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen)*, München: Beck, 1996, p. 331 s.

existentes; nessa medida, o direito à paternidade e à integridade não teria mais razão de ser.<sup>34</sup>

Não seguimos este entendimento, uma vez que nos parece que a vertente moral do direito de autor não deverá ser “eclipsada” pelas possibilidades das modernas tecnologias. Além disso, no que respeita à disponibilidade destes direitos, consideramos correcto e conforme com a nossa tradição o entendimento segundo o qual “a abdicção prévia, total e abstracta dos direitos morais não pode ser solução.”<sup>35</sup>

5. Contudo, devemos reconhecer que o novo paradigma tecnológico atinge directamente a noção tradicional de autor. Na verdade, a informática torna possível a criação de obras sem que nenhum autor humano possa ser designado. Pense-se, por exemplo, nos programas de computador criados com o único objectivo de permitir aos utilizadores gerarem música, imagens ou textos.<sup>36</sup> Um outro exemplo é dado pelos utensílios de processamento de linguagem que executam traduções automáticas de textos ou a criação automática de bases de dados.

Deverá o direito de autor abrir-se às “criações da máquina”? Tem sido animado o debate em torno desta questão, dividindo-se as opiniões ora a favor ora contra a protecção das obras automáticas pelo direito de autor. Nos países que seguem a concepção do *droit d’auteur* dos sistemas de *Civil Law* parece claro que o requisito da originalidade obsta a que as obras geradas por computador sejam protegidas pelo direito de autor.<sup>37</sup> Todavia, no horizonte jurídico estadunidense, enquanto alguns sustentam que o *copyright* pode ser utilizado para proteger produtos gerados automaticamente por computador, invocando

---

<sup>34</sup> Cfr. Bertrand, André, *Las obras informáticas en el derecho de autor: razones e perspectivas*, in *Num Mundo Novo do Direito de Autor?*, I, cit., p. 325-7. Aparentemente, a Directiva 2001/29/CE parece ser informada por uma perspectiva de neutralidade em matéria de direitos morais, uma vez que regula apenas a dimensão patrimonial dos direitos. Todavia, no considerando 19 escreve-se que “(o)s direitos morais dos titulares dos direitos deverão ser exercidos de acordo com a legislação dos Estados-Membros e as disposições da Convenção de Berna para a protecção das obras literárias e artísticas, do Tratado da OMPI sobre o direito de autor e do Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas. Esses direitos morais não estão abrangidos pelo âmbito da presente directiva.” Em nossa opinião, esta remissão para a Convenção de Berna, já anteriormente efectuada em outros instrumentos comunitários, nomeadamente as directivas sobre programas de computador e sobre bases de dados, significa que os Estados-Membros deverão regular os direitos morais no ambiente digital em legislação interna, a qual todavia deverá respeitar os mínimos de protecção garantidos pela Convenção de Berna (art. 6.º *bis*). Sobre esta questão, vide Alexandre Dias Pereira, *Informática*, cit., pp. 496 s, § 43, com indicações bibliográficas.

<sup>35</sup> Dietz, Adolf, *Authenticity of authorship and work (general report)*, in Dellebeke, Marcel (ed.), *Copyright in Cyberspace: Copyright and the Global Information Infrastructure*, ALAI, Amsterdam: Cramwinckel, 1997, pp. 176-7; v. tb. Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, cit., p. 100 (“Unzulässig sollten dagegen pauschale Vereinbarungen sein.”).

<sup>36</sup> Atribui-se à poetisa electrónica “Calliope”, criada pelos cibernetistas franceses, o seguinte trecho literário: “Meu horizonte compõe-se apenas duma portinhola vermelha de onde sobe em lufadas um calor asfixiante. Só se distingue com dificuldade a silhueta mística de uma mulher, orgulhosa e terrível: deve ser uma senhora de categoria, uma das estações. Parece que faz as suas despedidas. Não vejo mais nada e dirijo-me para as cortinas que os meus dedos afastam timidamente.” Cfr. Kondratov, A., *Introdução à cibernética*, trad. Rui de Nazaré, Lisboa: Presença, p. 131.

<sup>37</sup> Vide, entre nós, Orlando de Carvalho, *O direito de personalidade de autor*, cit., p. 541 (“obra do espírito é produto do espírito, do espírito humano”); J. Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., p. 481 ss.



em seu favor a função constitucional de promoção da ciência e das artes desempenhada por este instituto jurídico<sup>38</sup>, outros apontam que tal resultado seria contrário ao princípio fundamental de que as obras deverão ser criadas apenas pelo exercício de criatividade humana, quer seja assistida ou não.<sup>39</sup>

A este respeito cumpre referir a experiência pioneira do Reino Unido. Com efeito, neste país o *copyright* é informado em primeira linha por um princípio da protecção do investimento. Nesse sentido, o *copyright* abrange obras (*works*) cuja produção, embora seja desprovida de autoria criativa, exige “suor na testa” (*sweat of the brow*), como, por exemplo, certas compilações de dados.<sup>40</sup> Não obstante, a legislação deste país consagrou uma disposição *sui generis* para as obras geradas por computador, concedendo ao produtor dos arranjos o direito de as reproduzir e explorar comercialmente durante 50 anos. Com efeito, “as obras literárias, dramáticas, musicais ou artísticas criadas por computador também beneficiam de protecção pelo *copyright* se as circunstâncias da sua criação forem tais que nenhuma contribuição para a sua autoria possa ser identificada (§ 9(3) CPDA). Tais obras não trazem direitos morais e gozam de protecção pelo *copyright* de apenas 50 anos seguidos ao fim do ano de calendário da sua criação (§ 12(7)).”<sup>41</sup> Vale isto por dizer que esta “curiosa disposição”<sup>42</sup> reconhece as obras geradas por computador como uma espécie autónoma com regras diferentes de autoria e de duração do *copyright*.<sup>43</sup>

Que dizer desta norma? Deveria o legislador português introduzir um preceito semelhante no Código do Direito de Autor? Temos dúvidas quanto ao acerto de uma tal solução. Mesmo no Reino Unido a solução tem sido criticada, uma vez que não seria “fácil determinar o significado desta definição” (de obras geradas por computador), nem “pensar em exemplos de tais obras”; além disso, os tribunais teriam já reconhecido a “autoria humana indirecta” no caso *Express Newspapers plc v. Liverpool Daily Post & Echo plc*, segundo o qual «não haver nenhum autor humano era tão irrealista como dizer que uma caneta era o autor de uma obra de literatura»; pelo que, em suma, ou a lei teria

---

<sup>38</sup> Miller, Arthur R., *Copyright Protection for Computer Programs, Databases and Computer-generated Works: Is Anything New Since CONTU?*, HLR (*Harvard Law Review*), 1993, p. 1042 s (sustentando que “se chegar o dia em que o computador é realmente o único autor de uma obra artística, musical ou literária (seja um romance ou um programa de computador), os direitos de autor serão suficientemente abrangentes e maleáveis para assimilar esse desenvolvimento no mundo das obras protegidas.” — p. 1073).

<sup>39</sup> Clifford, Ralph, *Intellectual Property in the Era of the Creative Computer Program: Will the True Creator Please Stand Up?*, TuLR (*Tulane Law Review*), 1997, p. 1675 s (sustentando, a propósito de um caso em que o criador de um programa de gestão automática de obras (Dr. Thaler, inventor da “Creativity Machine”) registou em seu nome, como autor, uma série de composições musicais produzidas pelo computador criativo, que as actuais leis federais “são baseadas no axioma de que as obras serão criadas através do exercício de criatividade humana, seja assistida pela máquina ou não.” — p. 1072).

<sup>40</sup> Para um confronto dos dois conceitos (*droit d’auteur* e *copyright*) vide, por ex., Ellins, Julia, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft (Von den Anfängen bis ins Informationszeitalter)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

<sup>41</sup> Phillips/Durie/Karet, *Whale on Copyright*, p. 136.

<sup>42</sup> Bainbridge, David, *Intellectual Property*, 3rd ed., London: Pitman, 1996, p. 203.

<sup>43</sup> Cfr. Bainbridge, *Intellectual Property*, cit., p. 203.

derrogado esta jurisprudência ou seria “qualquer coisa de aberrante, por não haver tal coisa” (obras geradas por computador sem que nenhum autor humano possa ser designado).<sup>44</sup> De resto, em certos casos, o direito de propriedade intelectual *sui generis* instituído pela directiva bases de dados poderá constituir um meio de protecção, na medida em que tais obras integrem o conteúdo de bases de dados automatizadas, sendo protegidas enquanto partes substanciais do conteúdo de uma base de dados cuja produção tenha exigido um investimento considerável em termos quantitativos e qualitativos.<sup>45</sup>

Note-se ainda que a electrónica questiona o processo de criação humana no que respeita às suas condições, sendo de destacar que as obras serão cada vez menos criadas pelos autores em termos de plena autonomia.<sup>46</sup> Ora, num contexto criativo em que o recurso a materiais pré-existentes é a regra, a originalidade parece ser remetida para o “estilo pessoal”, em termos de se sustentar que “do mesmo modo que o esforço artístico humano se concentra na forma da área ideal da obra, deixando a concretização da sua forma perceptível a recursos informáticos, a protecção deveria alcançar com maior generosidade o plano das concepções, em que se situam as estratégias expressivas cuja reiteração por um mesmo autor identificam um estilo.”<sup>47</sup>

Em suma, os computadores com as modernas técnicas de inteligência artificial questionam directamente dogmas fundamentais do direito de autor, projectados no conceito de criação humana de formas originais de expressão literária ou artística. Neste sentido, com os computadores e os sistemas de música electrónica automática parece que “o importante não é saber quem faz a escolha [criativa], o homem ou a máquina, mas sim *o que foi escolhido*, qual a combinação concreta”<sup>48</sup>, segundo um conceito de “estética informacional” ou “teoria estrutural da obra de arte”<sup>49</sup>. Todavia, esta orientação poderá ser impedida pelo princípio vazado no Código do Direito de Autor, nos termos do qual “(a)s ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou

---

<sup>44</sup> Bainbridge, *Intellectual Property*, cit., p. 203-4. Cfr. Idem, *Software Copyright Law*, 2nd ed., London: Butterworths, 1994, p. 72, p. 185 s. Ver também Cornish, W. R., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 3. ed., London: Sweet & Maxwell, 1996, p. 457, não advogando porém a eliminação do preceito (“O conceito experimental não se provou até agora com êxito e alguns consideram que deveria ser abandonado. Mas a próxima geração de avanços das técnicas informáticas — no sentido de fascinações como as redes neurais — poderá dar-lhe uma utilidade que é actualmente difícil de adivinhar. É provavelmente melhor de momento esperar e ver.”).

<sup>45</sup> Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados (art. 7.º), transposta pelo Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho (art. 12.º). Entre outros factores, os custos do desenvolvimento e/ou da aquisição do software “criativo” deverão ser equacionados na determinação da relevância do investimento para efeitos dessa protecção.

<sup>46</sup> Dreier, *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, cit., p. 121-2 (“esta concepção romântica sobre a qual assenta o direito de autor, e que, em grande parte, não era senão uma ficção desde a origem, tem cada vez menos lugar no paradigma tecnológico em que os autores utilizam cada vez mais materiais preexistentes para as suas próprias obras.”).

<sup>47</sup> Millé, *Artes cibernéticas y propiedad intelectual*, cit., p. 721-2.

<sup>48</sup> Kondratov, *Introdução à cibernética*, cit., p. 133.

<sup>49</sup> Vide A. Moles, *Arte e computador*, col. E. Rohmer, trad. Pedro Barbosa, Porto: Afrontamento, 1990, p. 15

as descobertas não são, por si só e enquanto tais, protegidos nos termos deste Código” (art. 1.º, 2).<sup>50</sup> Este princípio significa, nomeadamente, que os conceitos estéticos mais inovadores, como sejam, por exemplo, o fluxo de consciência na ficção e o cubismo na arte, não são acolhidos, enquanto tais, no seio do direito de autor.<sup>51</sup>

6. Por outro lado, a electrónica põe em causa a distinção entre as formas tradicionais de exploração das obras protegidas, em especial as obras musicais. Com efeito, “tradicionalmente, os direitos económicos são divididos em duas categorias, relativas à exploração por meios tangíveis ou intangíveis. A primeira categoria respeita à produção de cópia e à sua distribuição, enquanto a segunda categoria diz respeito à representação ou exibição pública, radiodifusão e actividades semelhantes. Nas redes electrónicas esta divisão é claramente afectada, no mínimo.”<sup>52</sup>

Com efeito, a distinção tradicional entre exploração corpórea e exploração incorpórea é afectada pela electrónica, uma vez que estas duas formas de exploração tendencialmente se equiparam, tornando-se praticamente irrelevante, pelo menos de um ponto de vista económico, que a distribuição da obra se processe mediante um suporte material (por ex., um CD-ROM) ou através de uma rede de computadores, ou, ainda, através de sinais hertzianos por satélite.<sup>53</sup> “Não quer dizer que o mercado dos suportes materiais desapareça por completo, mas o suporte deixa de ser o único meio de consumir livremente certo tipo de obras.”<sup>54</sup>

Ora, a “confusão” das diversas formas de exploração das obras em suporte electrónico num *medium* convergente e interactivo suscita diversas questões de regime jurídico, não apenas no que respeita ao âmbito das autorizações de utilização das obras, mas também no que concerne, nomeadamente, ao estatuto das organizações de emissão. No quadro do direito comunitário, parece ter sido traçada uma linha de distinção entre os diversos modos de exploração: a directiva aluguer e comodato<sup>55</sup> regula a exploração de obras

---

<sup>50</sup> Para desenvolvimentos sobre este princípio, *vide*, por ex., Alexandre Dias Pereira, *Informática*, cit., pp. 245, com indicações bibliográficas.

<sup>51</sup> Cfr. Weinreb, Lloyd L., *Copyright for Functional Expression*, Harvard LR 1998, p. 1241. Mas não é verdade que “a tarefa da criação consiste precisamente em alargar, a partir do já pensado, o espaço que circunda, explorando sugestões pressentidas e arriscando inovações discernidas, num experencial esforço - analógico - de [re-]posição de interpelantes núcleos problemáticos e, por sua mediação, de [re-]constituição do mobilizável horizonte de sentidos fundamentantes?”, Fernando José Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, 3.ª Lição, pp. 66-7, nota 51.

<sup>52</sup> Spoor, Jaap, *The Economic Rights Involved (General Report)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, cit., p. 48.

<sup>53</sup> Cfr. Dreier, Thomas, *Digitaltechnik und Urheberrecht*, in Fiedler, Herbert (Hrsg.), *Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens*, Köln: Schmidt, 1992, p. 168; v. tb. Idem, *Broadcasting organizations, in Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, cit., p. 595.

<sup>54</sup> M. Victoria Rocha, *Multimédia e Direito de Autor*, cit., p. 178.

<sup>55</sup> Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual.

protegidas sob forma material (1); a directiva satélite e cabo<sup>56</sup> cria um instrumento para a exploração de programas de radiodifusão (2); e, finalmente, a directiva bases de dados terá aberto uma terceira via para a exploração de obras através da transmissão electrónica em linha, sob forma incorpórea (3)<sup>57</sup>. Não obstante esta regulamentação trifásica de exploração, reafirmada posteriormente pela directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação<sup>58</sup>, parece claro que, de um modo geral, “a distinção não tem praticamente mais sentido”.<sup>59</sup>

Um outro aspecto que interessa considerar diz respeito ao sentido e alcance da noção de público. Tradicionalmente, escapava ao direito de autor a comunicação privada e o gozo de uma obra no seio do círculo familiar.<sup>60</sup> Actualmente, porém, ao esquema comunicativo tradicional da emissão de radiodifusão (comunicação pré-programada ponto a multi-ponto), junta-se uma forma de comunicação que se traduz em tornar acessível ao público, para utilização a partir do local e no momento individualmente escolhidos. Para ordenar este acto de exploração falou-se de um “direito de exploração digital”<sup>61</sup>, que consistiria em “todo o acto, material ou imaterial, de colocação à disposição de um público, agrupado ou disseminado em rede, de uma obra.”<sup>62</sup> Na Alemanha, em ordem a enquadrar esta forma de exploração no direito de comunicação ao público (§ 15(3) UrhG) ressaltando o princípio de que “a comunicação é privada apenas quando os participantes individuais forem determinados e estejam ligados pessoalmente entre si”<sup>63</sup>, propôs-se uma noção de comunicação ao público negativamente delimitada, nos termos da qual “a comunicação é pública se for destinada a uma ou mais pessoas que pertencem ao público. Não há público

---

<sup>56</sup> Directiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

<sup>57</sup> Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.

<sup>58</sup> Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

<sup>59</sup> Dreier, *L'analogie, le digital et le droit d'auteur*, cit., 124-5. Todavia, uma das consequências de regime que resultam da manutenção da distinção das diversas formas de exploração é o facto de não se sujeitar a “distribuição electrónica” ao princípio do esgotamento comunitário do direito de distribuição, o qual fica restrito à comercialização de exemplares das obras em suportes tangíveis, sendo a “distribuição electrónica” considerada como uma actividade de prestação de serviços. *Vide* Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação (cons. 19); Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (cons. 18); Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados (art. 5.º-c, e cons. 33); Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art.6.º e respectivas declarações acordadas. Esta solução, todavia, não se apoia numa “lógica rigorosa” - Schricker (Hrsg), *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, cit., 129, n. 107, *in fine*. Para desenvolvimentos sobre esta questão *vide* Alexandre Dias Pereira, *Informática*, cit., pp. 568 ss, com mais referências.

<sup>60</sup> Entre nós, este princípio está vertido no preceito segundo o qual a representação de obra divulgada por qualquer forma não depende de autorização do autor se for realizada sem fim lucrativo e em privado, num meio familiar, “princípio que se aplica, aliás, a toda a comunicação” (art. 108.º, 2, CDADC).

<sup>61</sup> Lucas, André / Lucas, Henry, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris: Litec, 1994, p. 215-6.

<sup>62</sup> Gautier, Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, 2è. éd., Paris: PUF, 1996, p. 199.

<sup>63</sup> Ulmer, Eugen, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Auf., Berlin: Springer, 1980, p. 245-6.

quando entre a ou as pessoas e o organizador existem relações pessoais.”<sup>64</sup> Saber pela positiva quais os casos em que existe um público, foi matéria que se entendeu dever “ficar para a clarificação da jurisprudência.”<sup>65</sup> Não obstante, é questionável se esta nova compreensão da noção de comunicação ao público não terá por consequência a afirmação da Internet como “lugar público”, projectando o propagado princípio segundo o qual “quem está em linha está em público”.<sup>66</sup>

7. Um dos maiores desafios que a tecnologia digital coloca ao direito de autor tem a ver com a facilidade e o baixo custo com que podem ser feitas múltiplas cópias e distribuídas sob forma digital, em especial no ambiente digital dos sistemas informáticos em rede, com a agravante de as cópias serem réplicas perfeitas do original.<sup>67</sup> Para resolver estes problemas foram desenvolvidos meios tecnológicos de protecção e identificação das obras em forma electrónica, falando-se já de um “Technikrecht”<sup>68</sup> ou direito tecnológico. Além disso, são cada vez mais utilizados expedientes contratuais (*header contracts*) para controlar o acesso à, e a utilização da, informação digital.

Estes desenvolvimentos conduziram ao aparecimento do conceito de “direito de acesso”, em que assenta a «nova» propriedade<sup>69</sup>, sendo o direito de autor moldado pela figura dos chamados serviços de acesso condicional.<sup>70</sup> Com efeito, “as anteriores habituais considerações convencionadas de que o gozo da obra em si mesmo não é abrangido pelo direito de autor porque não é averiguável ou controlável, não colhem no ambiente digital. Uma nova orientação do direito de autor sobre o gozo em si deve ser regulado com propriedade fora do direito de reprodução.”<sup>71</sup> Assim, o titular dos direitos pode controlar o acesso à obra mediante sistemas técnicos e, se não for paga a devida remuneração, o serviço pura e simplesmente é cortado: “assim como a empresa de telefones pode hoje cortar a linha de um cliente que não paga a sua factura, também os proprietários da caixa

---

<sup>64</sup> Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, cit., p. 137.

<sup>65</sup> Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht zur Informationsgesellschaft*, cit., p. 137.

<sup>66</sup> Vide Alexandre Dias Pereira, *Internet, direito autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de Abril de 1998, A. Pinto Monteiro (dir.), Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999, pp. 263-273.

<sup>67</sup> Cfr., por ex., Gervais, Daniel, *Identificación de las obras utilizadas en sistemas digitales*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, cit., p. 741.

<sup>68</sup> Burkert, Herbert, *Informationszugansrechte in Europa*, in Heymann, Thomas (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, Köln: Schmidt, 1995, p. 101.

<sup>69</sup> Lopes Rocha/Mário Macedo, *Direito no Ciberespaço*, p. 84-5.

<sup>70</sup> De resto, estes serviços seriam objecto de protecção autónoma através da Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro de 1998, relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, transposta pelo Decreto-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro.

<sup>71</sup> Bechtold, Stefan, *Multimedia und Urheberrecht - einige grundsätzliche Anmerkungen*, GRUR 1998, p. 26-7.

mágica celestial (*juke-box celestial*) poderão barrar o acesso a quem não pagar o preço de entrada.”<sup>72</sup>

Numa primeira abordagem poder-se-ia dizer que é na técnica que se poderão encontrar respostas para os problemas da técnica, valendo a máxima de que “a resposta para os problemas da máquina está na própria máquina”<sup>73</sup>. E isto valeria quer para o controlo de cada utilização da obra, quer para a respectiva remuneração.<sup>74</sup> Todavia, é necessário interrogar a oportunidade desta «polícia técnica»<sup>75</sup> permitida pelo controlo tecnológico da utilização das obras. Além de que a contratação da utilização final da obra é de molde a gerar “a dependência do utilizador em relação ao titular de direitos.”<sup>76</sup>

Com efeito, desde logo, a protecção técnica parece relegar para segundo plano o direito de autor, parecendo estar-lhe reservado o papel não mais do que justificativo da utilização de meios tecnológicos e contratuais de protecção de obras electrónicas. Além disso, os dispositivos tecnológicos e as licenças de utilização põem em causa as formas de utilização livre actualmente permitidas por lei. O mesmo vale para as obras que estão no domínio público, havendo o risco de os dispositivos tecnológicos vedarem o acesso a este material não protegido e que deveria poder ser utilizado livremente.<sup>77</sup> Quanto às licenças electrónicas, refira-se que nos EUA, o caso *Pro-CD, Inc. v. Zeidenberg*, 7th Cir. 1996<sup>78</sup> parecer ter legitimado as práticas comerciais de utilização de licenças não apenas para contornar regras de direito de autor (sobretudo as excepções), mas também para instituir uma espécie de direitos de autor privados por via contratual.<sup>79</sup> Comentou-se, a propósito, que na decisão *Pro-CD Zeidenberg*, “ao permitir aos indivíduos contratarem para além do

---

<sup>72</sup> Goldstein, Paul, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, New York: Hill and Wang, 1994, p. 279.

<sup>73</sup> Dreier, *Digitaltechnik und Urheberrecht*, cit., p. 177 (“Die Antwort auf die Probleme der Maschine liegt in der Maschine selbst.”).

<sup>74</sup> Para além das portagens electrónicas e das barragens de acesso, a tecnologia torna também possível as sinalizações de marcação. Neste sentido, foi desenvolvido na Europa, no quadro do programa Esprit II, o sistema CITED (*Copyright in Transmitting Electronic Documents*). O seu objectivo consiste em estabelecer mecanismos num sistema electrónico para garantir a protecção apropriada e o exercício dos direitos sobre obras e fonogramas em questão como dos respectivos titulares de direitos e utilizadores, estendendo-se a todas as possibilidades de autorização, notificação e facturação em relação às utilizações relevantes, incluindo uma discriminação dos diversos tipos de usos. Um modelo análogo é o conceito “Copymart”, proposto por Zentaro Kitagawa.

<sup>75</sup> Lucas, André, *Le droit d'auteur et protection techniques (rapport général)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, cit., p. 345-6.

<sup>76</sup> J. Oliveira Ascensão, *Direitos do utilizador de bens informáticos*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, cit., p. 350.

<sup>77</sup> Sobre as implicações disto no domínio do acesso à informação do sector público vide Alexandre Dias Pereira, *Bases de dados de órgãos públicos: o problema do acesso e exploração da informação do sector público na sociedade da informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, APDI/FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 243-294.

<sup>78</sup> Vide Leaffer, M.A., *Database protection in the United States*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, cit., p. 509-510; Grusd, Brandon, *Contracting Beyond Copyright: ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, HJL&T (*Harvard Journal of Law & Technology*), 1997, p. 353 s; Kochinke, Clemens / Günther, Andreas, *Shrinkwrap-Lizenzen und Datenbankschutz in den USA*, CR 1997, p. 129 s.

<sup>79</sup> Sobre a questão, vide, por ex., Merges, Robert, *Intellectual Property and the Costs of Commercial Exchange: A Review Essay*, Michigan Law Review 1995, p. 1570 s; Lemley, Mark, *Intellectual Property and Shrink-Wrap Licenses*, California Law Review 1995, p. 1239.

*copyright*, o *Seventh Circuit* falhou em reconhecer que é do domínio do Congresso, e não dos indivíduos, estabelecer o balanço apropriado.”<sup>80</sup>

8. Os Tratados da OMPI consagraram regras destinadas a proteger juridicamente as medidas de carácter tecnológico utilizadas para proteger direitos de autor bem como as informações para efeitos de gestão de direitos. A directiva comunitária segue, *mutatis mutandis*, estas regras. Trata-se de proteger juridicamente os próprios sistemas técnicos de protecção e identificação e, nessa medida, os interesses dos titulares de direitos. A nível europeu, esta solução já era prevista no quadro dos *secondary infringements* na lei inglesa (UK CDP 1988) e também na directiva programas de computador.<sup>81</sup>

Esta protecção jurídica da protecção tecnológica reforça uma lógica de controlo do acesso e da utilização de conteúdos informativos oferecidos interactivamente nas redes electrónicas. Todavia, põe-se a questão dos limites e excepções ao direito de autor. Actualmente, a informação parece ser convertida em bem económico transaccionado em massa no mercado dos produtos e dos serviços de informação<sup>82</sup>, surgindo novos modelos contratuais cujo objecto é justamente composto por informação.<sup>83</sup> Porém, a disciplina contratual da informação é relativa em virtude do princípio do efeito *inter partes* dos contratos. Além disso, a tutela de prestações de investimento na produção e distribuição de informação pela disciplina da concorrência desleal, para além de actuar repressivamente, estaria sujeita à casuística que as cláusulas gerais envolvem na apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Grusd, *Contracting Beyond Copyright: ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, cit., p. 366-7; para uma análise crítica à decisão *Pro-CD Zeidenberg*, v. ainda, por ex., O'Rourke, Maureen, *Copyright Preemption after the Pro-CD case: a Market-Based Approach* / Elkin-Koren, Niva, *Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract* / Merges, Robert, *The End of Friction? Property Rights and Contracts in the Newtonian World of On-line Commerce*, in *BTLJ (Berkeley Technology Law Journal)*, 1997, p. 53, p. 93, p. 115.

<sup>81</sup> Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (art. 7.º, 1, c), transposta pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro (art. 13.º, 2). Em outros Estados-membros, começavam a surgir algumas decisões jurisprudenciais. Assim, por ex., na Holanda foi julgado, como delicto civil, a colocação à disposição do público de dispositivos cujo único objectivo era, para além de todas as dúvidas razoáveis, fornecer ao público meios para descodificar programas de televisão por assinatura (pay-tv). Vide as decisões *FilmNet v. Planken* (District Court, Hague, 20.1.1986), *Esselte v. Ten* (Court of Appeal Amsterdam, 2.5.1991) e a decisão do Supremo Tribunal de 17 de Dezembro de 1993, no caso *Groeneveld v. Television Distribution Systems NV (TDS)* (decidindo que a liberdade de receber informação, garantida pelo artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não poderia ser invocada para reclamar a livre recepção de radiodifusão televisiva que tinha sido previamente cifrada pelo distribuidor no sentido de limitar a recepção destas radiodifusões aos subscritores do seu sistema de distribuição que tivessem pago remuneração para a sua recepção. Cfr. Grosheide, F. Willem, *Copyright and technical protection devices*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, cit., pp. 408-9.

<sup>82</sup> Vide Pethig, *Information als Wirtschaftsgut in wirtschaftswissenschaftlicher Sicht*, in Fiedler/Ulrich (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, cit., p. 18.

<sup>83</sup> A figura do “contrato de informação” é utilizada para abranger uma série de contratos cujo denominador comum é terem por objecto informação, entendida esta, quer enquanto processo de prestação de informação, quer enquanto objecto desse processo ou informação propriamente dita. Cfr. Ebnet, Peter, *Der Informationsvertrag*, Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 15.

<sup>84</sup> Cfr. Goebel, Jürgen, *Informations- und Datenbankschutz in Europa*, in Heymann (Hrsg.), *Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa*, cit., p. 115. Na Alemanha, vários arestos jurisprudenciais começaram

Ora, os interesses reclamaram a cobertura do exclusivo em nome pura e simplesmente do investimento, isto é, que, juridicamente, os conteúdos informativos integrassem o objecto dos direitos sobre bens imateriais, a par com o direito de autor, os direitos conexos e os direitos industriais, mas que o critério de protecção não fosse senão o próprio investimento na produção de informação. O resultado foi-lhes favorável, tendo sucedido nessa “eterna quimera” que é a sociedade da informação<sup>85</sup>. Afirma-se hoje a figura da “*Informationseigentum*”.<sup>86</sup> Além disso, a protecção jurídica das barreiras técnicas de tapagem e demarcação é posta, também, ao serviço desta forma de propriedade, nem se tolerando que os dispositivos de pirataria se limitem a dissimular a protecção técnica.

Falamos concretamente do direito *sui generis* relativo ao conteúdo das bases de dados, mormente no que respeita à suas excepções. Tradicionalmente, os limites aos direitos conexos não prejudicam os limites ao direito de autor. O princípio é o de que o direito conexo não pode proibir o que o direito de autor permite em relação às obras que são objecto de prestações artísticas e empresariais (por ex., a produção fonográfica e videográfica, a emissão de radiodifusão).<sup>87</sup> Todavia, este princípio é profundamente afectado, parecendo ficar apenas à mercê das regras da concorrência (caso *Magill*), das quais se espera que imponham limites adequados ao novo direito *sui generis*,<sup>88</sup> o qual “representa uma alteração profunda de *public policy* para muitos Estados-Membros, e fornece uma base proprietária (distinta de uma puramente contratual) na qual os serviços públicos podem cobrar o fornecimento da maior parte da informação governamental”.<sup>89</sup>

9. Tudo junto, perguntamos se não é este o tempo do direito de autor *ex machina* e do advento da propriedade tecno-digital. No fundo, qual será o papel do direito de autor, esse “artefacto de Gutenberg”<sup>90</sup>, num contexto em que a tecnologia parece prevenir aquilo que o direito de autor apenas reprime? Que utilidade terá o direito de autor como sistema de protecção de obras literárias e artísticas num quadro de generalização das medidas técnicas de protecção relativamente à informação distribuída sob forma digital?<sup>91</sup> Haverá

---

justamente por proteger os sistemas técnicos de protecção contra a “descodificadores piratas” através, justamente, da concorrência desleal; vide Lehmann, Michael, *Le droit d'auteur et protections techniques (Allemagne)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, cit., p. 367.

<sup>85</sup> Mallet-Poujol, Nathalie, *Appropriation de l'information: l'éternelle chimère*, Dalloz, 1997, p. 330.

<sup>86</sup> Wiebe, Andreas, *Information als Schutzgegenstand im System des geistigen Eigentums*, in Fiedler/Ullrich (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, p. 107.

<sup>87</sup> Entre nós, art. 189.º, 1, f), CDADC.

<sup>88</sup> Cfr. Kappes, Florian, *Rechtsschutz computergestützter Informationssammlungen (Gesetzliche und vertragliche Schutzmöglichkeiten für CD-ROM- und Online-Datenbanken einschließlich Multimedia-Anwendungen)*, Köln: Schmidt, 1996, p. 285.

<sup>89</sup> Cornish, W. R., *Protection of and vis-à-vis databases (general report)*, in Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, cit., p. 441.

<sup>90</sup> Negroponte, Nicholas, *Being Digital*, New York: Knopf, 1995, p. 58.

<sup>91</sup> Vide Schlachter, Eric, *The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Could Be Unimportant on the Internet*, BTLJ 1997, p. 38 s (“the business models and technological tools will evolve over



ainda lugar para o direito de autor no admirável novo mundo dos sistemas de protecção técnica?<sup>92</sup> Ou será este o tempo da “reconciliação do direito de autor com a tecnologia”<sup>93</sup>, como propugnam outros?

Não nos contamos entre os que compõem um requiem ao direito de autor no ambiente digital. Também não nos juntamos aos que tecem elogios à natureza mutante ou metamorfósica do direito de autor. Parece-nos claro, todavia, que o direito de autor parece converter-se num sistema de remuneração baseado no acesso condicional. Numa análise mais profunda, verificamos até que o direito de autor parece ser integrado, qual «reliquia do romantismo jurídico», num código de direitos de “propriedade digital”<sup>94</sup>, a qual todavia suscita sérias questões em termos de interesse público uma vez que parece ser indiferente a valores de interesse geral tradicionalmente acolhidos pelo instituto.<sup>95</sup> Com efeito, por força de tais mecanismos técnicos, a obra passará a ser protegida, não porque seja original, mas porque foi objecto de um dispositivo tecnológico de protecção (por ex., uma aplicação criptográfica). Assim, a sua reprodução será interdita, não porque o direito de autor reserve esta prerrogativa ao autor, mas, pura e simplesmente, porque os mecanismos técnicos a impedem. Isto significa ainda que a protecção tecnológica será extensível a tudo o que o titular desejar proteger, quer se trate de obras originais ou não, e quer estejam ou não no domínio público. Tal protecção não resultará de um sistema de direitos exclusivos mas antes de dispositivos tecnológicos, não sendo os poderes dos titulares e a duração de protecção definidos por lei, mas antes pelo titular com o auxílio da máquina.<sup>96</sup>

Claro que numa lógica de realismo jurídico talvez se pudesse justificar este processo, desmontando os fundamentos tradicionais do instituto<sup>97</sup>, quais sejam a teoria do direito natural e o argumento da utilidade promocional do *copyright* em termos de progresso da arte e da ciência, e retomando o cânone originário segundo o qual o “(*copyright*) was a product of censorship, guild monopoly, trade-regulation statutes, and misunderstanding”

---

time to make copyright law increasingly less important as a tool for conforming behavior on the Internet.” – p. 49).

<sup>92</sup> Cfr. Vinje, Thomas, *A Brave New World of Technical Protection Systems: Will There Still be Room For Copyright*, EIPR (*European Intellectual Property Report*), 1996, p. 431 s.

<sup>93</sup> Strowel, Alain / Triaille, Jean Paul, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimedia*, Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 469.

<sup>94</sup> Stefit, Mark, *Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us To Rethink Digital Publishing*, BTJ, 1997, p. 137 s. Utilizando a expressão em sentido mais abrangente vide Harris, Lesley Ellen, *Digital Property: Currency of the 21st Century*, McGraw-Hill, 1998.

<sup>95</sup> Vide, em especial, Netanel, Neil, *Copyright and Democratic Civil Society*, Yale Law Journal, 1996, p. 362; Lessig, Lawrence, *The Zones of Cyberspace* Stanford Law Review, 1997, p. 1408; Samuelson, Pamela, *The Future of the Information Society and the Role of Copyright in It*, 1998.

<sup>96</sup> Vide, por ex., Alexandre Dias Pereira, *The Protection of Intellectual Property in the Legal Framework of Electronic Commerce and the Information Society*, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000, pp. 289 ss.

<sup>97</sup> Vide Weinreb, Lloyd L., *Copyright for Functional Expression*, cit., p. 1210.

(R. Patterson). Em suma, o direito de autor não seria senão um “direito dos privilégios das empresas de *copyright*”<sup>98</sup>.

Está em curso a adaptação do Código do Direito de Autor ao novo paradigma tecnológico por via da transposição de uma importante directiva para a ordem jurídica interna. O legislador comunitário parece dar-se bem com um direito de autor sem limites. Salvo no que respeita a certos actos de reprodução técnica, não impõe aos Estados-Membros a adopção de qualquer limite ou excepção aos poderes exclusivos do titular. Além disso, remete também para a legislação interna de cada Estado-Membro a questão de saber que actos de neutralização de sistemas técnicos de protecção poderão ser considerados lícitos por referência às excepções que entendam por bem consagrar dentro do menu oferecido, salvo no que toca ao *pay-per-view*. Finalmente, sujeita a adopção de medidas neste domínio ao controlo da regra dos três passos, a qual, em última instância, será ditada pela OMC em função dos interesses do comércio mundial, que assim parecem prevalecer sobre as políticas nacionais implicadas nos direitos de autor, nomeadamente cultura, educação e informação.<sup>99</sup>

Oxalá o legislador nacional não atenda apenas às “possibilidades da técnica” e aos “interesses das indústrias da informação” e que molde normativamente a nova propriedade “segundo uma adequada compreensão do sentido e limites do direito de autor”<sup>100</sup>.

*Abstract* - Music and Electronics: Sound Sampling, Computer Works and Copyright in Internet. This paper has been written to support the communication on music and electronics to the 5<sup>th</sup> post-graduate course on information society law organized by the Portuguese Association of Intellectual Law. It addresses the issue of the adaptation of Copyright Law to the new technological paradigm concerning mainly music and electronics. To begin with, the notion of copyrighted work is affected by the plastic nature of electronic works, considering namely new technical possibilities of sound sampling, cyber arts and digital morphing. Also moral rights are endangered by these possibilities. Moreover, the notion of author is challenged by computer generated works where no human creator can be appointed. Is there such a thing and should it be protected? Then, the convergence of exploitation forms of works seems to affect the traditional distinction between corporeal and intangible exploitation of copyrighted works. Nonetheless, electronic distribution is deemed to fall within the category of communication to the public thus, being exempted from the community exhaustion rule and requiring a new copyright concept of public. Finally, the legal protection of technical protections is giving rise to a new intellectual property right, mainly where combining it with the *sui generis* database right. A clear concept of general interest should be applied to establish limits to this information property.

---

<sup>98</sup> J. Oliveira Ascensão, *O direito de autor como direito da cultura*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, cit., p. 1056.

<sup>99</sup> Vide Alexandre Dias Pereira, *A Globalização, a OMC e o Comércio Electrónico*, in *Temas de Integração*, 14, AEE/FDUC, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 138 ss.

<sup>100</sup> Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, cit., p. 787.