

ARTE, TECNOLOGIA E PROPRIEDADE INTELECTUAL *

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: 1. O acolhimento da teoria dos *property rights* na directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação. 2. A problemática natureza jurídica dos direitos de autor. 3. Arte, técnica e propriedade intelectual. 4. Segredos de empresa, propriedade e concorrência desleal. 5. *Right of Publicity*, bens da personalidade e propriedade. 6. Direitos conexos ao direito de autor e liberdade de criação cultural. 7. Os dois ramos da propriedade intelectual na árvore proprietária do Código Civil. 8. Um *tertium genus* de direitos de propriedade intelectual? 9. A fragmentação conceptual da propriedade.

1. A directiva sobre aspectos do direito de autor na sociedade da informação¹ harmonizou o tronco patrimonial deste instituto, definindo os direitos de reprodução, de comunicação ao público e de distribuição (incluindo o seu esgotamento comunitário) e prevendo a protecção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e protecção. Este acto de harmonização comunitária utiliza os direitos de autor e conexos como um instrumento político na construção da sociedade da informação, baseando-se no entendimento de que “a cultura tem um valor económico que a insere em certa medida numa lógica de mercado”².

A propriedade surge, neste contexto, como a forma jurídica capaz de adequar os direitos de autor à sua relevante função política na construção da sociedade da informação. Sendo os direitos de autor (e conexos) formas de propriedade intelectual, entende-se que esta “é reconhecida como parte integrante da propriedade” (cons. 9)³, acolhendo a nível comunitário o entendimento segundo o qual “o processo intelectual mais significativo, que se afirmou no pensamento do direito de autor, foi a superação da teoria dos privilégios pela teoria da propriedade intelectual.”⁴

* *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, 2002, Lisboa.

¹ 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.

² *O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação*, Livro Verde, COM(95) 382 final, 19.7.95, p. 15-6.

³ Já no *Seguimento do Livro Verde sobre o direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*, COM(96) 568 final, 20.11.1996, p. 8, se entendia que “o nível tradicionalmente elevado da protecção do direito de autor na Europa deverá ser mantido e mesmo desenvolvido a nível europeu e internacional, reflectindo assim o facto de o objecto em causa ser a propriedade, que é garantida pela constituição em muitos países.” Com efeito, em vários países, o direito de autor é protegido constitucionalmente como propriedade, nomeadamente na Alemanha. Cfr. Schricker, in Beier/Schricker/Fikentscher, *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws*, II/A/2; Schricker/Schricker, *Urheberrecht - Kommentar*, Einl., 2. Aufl., pp. 7-8.

⁴ Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Aufl., 1980, p. 105-6.

2. Todavia, a consideração do direito de autor como propriedade é susceptível de colocar obstáculos às medidas de harmonização comunitária neste domínio, uma vez que segundo o princípio firmado no Tratado de Roma (Art. 222), os Estados-membros não teriam atribuído poderes às instâncias comunitárias de ordenação jurídica da propriedade. Não obstante, as cláusulas gerais deste Tratado permitiriam intervenções comunitárias ao nível do exercício e da disposição privada da propriedade, sendo de destacar que a consideração do direito de autor como direito de propriedade ou análogo à propriedade tornaria possível interpretar o Art. 222 no sentido da admissibilidade de especiais configurações ou limites do direito de autor, por ex., no que respeita aos limites do direito de autor ou à exploração exclusiva de determinados direitos de utilização pelos organismos de gestão do direito de autor⁵.

Por outro lado, a teoria da propriedade intelectual não é consensual⁶, uma vez que seria susceptível de confundir o direito de autor com o direito de propriedade, o qual, segundo a construção pandectística devida a Puchta, recairia apenas sobre objectos corpóreos.⁷ Essa é, aliás, a teoria que informa a noção de coisa da lei civil germânica, que posteriormente influenciaria outras codificações. “Coisas no sentido da lei são apenas objectos corpóreos”,

⁵ Cfr. Dietz, *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1978, p. 40.

⁶ Sobre esta questão *vide*, no direito comparado, entre numerosas obras e autores: Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Aufl., 1980, p. 105-6; Dietz, *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1978, p. 40; Delp, *Das Recht des geistigen Schaffens*, 6. Aufl., 1994, p. 19; Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, 1996, p. 12; Hertin, in Fromm/Nordemann, *Urheberrecht: Kommentar*, § 7, 9. Aufl., 1998, p. 108; Hertin, *Urheberrecht*, 1996, p. 14; Hubmann/Rehbinder, *Urheber- und Verlagsrecht*, 8. Aufl., 1995, p. 80 s; Delp, *Das Recht des geistigen Schaffens*, 6. Aufl., 1994, p. 19; Hübner, *Das Grundgesetz und der zivilrechtliche Eigentumsbegriff*, in *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, 1997, p. 170-1; Rehbinder, *Urheberrecht*, (begr. Hubmann), 9. Aufl., 1996, p. 30, 80-3; Rintelen, *Urheberrecht*, p. 43; Schrickler/Schrickler, *Urheberrecht - Kommentar*, Einl., 2. Aufl., 1999, p. 56; Schrickler, in Beier/Schrickler/Fikentscher, *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws*, 1996, II/A/2; Troller, *Immaterialgüterrecht*, I, 1983-85, p. 90, 103, 112; Wenzel, *Urheberrecht für die Praxis*, 3. Aufl., 1996, p. 21. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 1991, p. 50-1; Bonet (dir.), *Code de la propriété intellectuelle*, 1997, p. 9; Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, 6. ed., 1992, p. 14; Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, 2. ed., 1992, p. 7; Plaisant, *Les droit des auteurs et des artistes executants*, 1979, p. 4-5, 119; Recht, *Le droit d'auteur: une nouvelle forme de propriété*, 1969, p. 229; Stowell, *Droit d'auteur et copyright*, 1993, p. 663-4; Desbois, *La propriété littéraire et artistique*, 1953, p. 56 s; Idem, *Cours de propriété littéraire et artistique*, 1969-70, p. 3, 10-35; Berenboom, *Le Nouveau Droit d'Auteur (et le droits voisins)*, 1997, p. 38; Strowel/Triaillé, *Le droit d'auteur*, 1997, p. 5. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3 ed., 1960, p. 767; De Cupis, *I diritti della personalità*, 1950, p. 259 s; Fabiani, *Autore (diritto di)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XVI, 1989, p. 3; Santilli, *Il diritto d'autore nella società dell'informazione*, 1988, p. 222-3; Bercovitz Rodriguez-Cano, in Bercovitz Rodriguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1989, p. 25 s; Vega Vega, *Derecho de autor*, 1990, p. 39-40; Marco Molina, *La propiedad intelectual en la legislación española*, 1994, p. 109 s. Alces/See, *The Commercial Law of Intellectual Property*, 1994, p. 7 s; Phillips/Durie/Karet, *Whale on Copyright*, p. 14; Bainbridge, *Intellectual Property*, 3rd ed., 1996, p. 10; Cornish, *Intellectual Property*, 3rd ed., 1996, p. 9-10. Entre nós, veja-se, nomeadamente, Cabral de Moncada, *Licções de Direito Civil*, 4.^a ed., 1995, p. 76; Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 1966, p. 249; Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, 1977, p. 205, n. 4, *Direitos de personalidade de autor*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, 1994, p. 543; Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, 1972, p. 75-6; Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3. ed., 1992, p. 336; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, II (III), 1983-4, p. 24-25; Idem, *A tipicidade dos direitos reais*, 1968, n.º 103 s, *Direito Comercial: II. Direito Industrial*, 1988, p. 389 s; *Direito de Autor e Direitos Conexos*, 1992, p. 667 s; L. F. Rebello, *Introdução ao direito de autor*, 1994, p. 55; Miguel Pupo Correia, *Direito Comercial*, 7.^a ed. rev. e act., 2001, pp. 289 ss; Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Stvdia Iuridica, Coimbra, 2001.

⁷ Cfr. Hübner, *Das Grundgesetz und der zivilrechtliche Eigentumsbegriff*, in Hübner (Hrsg., Klaus Luig), *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (Ausgewählte Schriften)*, 1997, p. 173.

assim reza o § 90 BGB. Ora, as obras literárias e artísticas não seriam objectos corpóreos, pelo que, em rigor, não poderiam ser coisas. Com efeito, em anotação a este preceito escreve-se que não seriam coisas, *inter alia*, a luz (mas não a energia eléctrica), os programas de computador, não podendo, por isso, ser objecto de direitos de propriedade e de posse; sendo que, a aplicação dos preceitos destes institutos aos objectos corpóreos seria “questão do caso concreto”.⁸

Assim, esta breve excursão pelo direito alemão permite-nos compreender que a directiva comunitária é susceptível de levantar alguns problemas ao nível do enquadramento dogmático do direito de autor, uma vez que apesar de este direito gozar de protecção constitucional como direito de propriedade, já semelhante qualificação em face da lei civil deste país depara com o conceito de coisa do BGB.

Além do mais, apesar de o legislador comunitário fundar o direito de autor na propriedade de modo a justificar um elevado nível de protecção, não deixe de se referir que as medidas de harmonização adoptadas neste domínio são comentadas no sentido de gerarem o “enfraquecimento tendencial do estatuto do autor no decurso da harmonização do direito de autor”⁹, aproximando perversamente a concepção de *droit d'auteur* ao modelo de *copyright*.¹⁰

3. Um outro aspecto que interessa considerar é o facto de o direito de autor ser englobado na figura da propriedade intelectual, a qual abrange também os direitos de propriedade industrial e o instituto da concorrência desleal. Será legítima a aproximação do direito de autor à propriedade industrial?

Tradicionalmente, considera-se, na doutrina germânica, que apesar de estarem próximos dos direitos de propriedade industrial, “os direitos de autor são puros direitos intelectuais de protecção e distinguem-se por isso dos direitos de protecção técnico-industrial”¹¹. Por outro lado, o direito da concorrência teria aí, quando muito, um significado apenas “complementar”¹². Na base disto estaria a distinção entre técnica e arte: as “invenções seriam prestações técnicas, mas não criações”, no sentido de que não resultariam da “expressão criadora de um espírito individual”¹³.

⁸ Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 56. Aufl., 1997, § 90, p. 57 (referindo ainda como casos de objectos não corpóreos a clientela, considerada bem imaterial, e a empresa industrial, considerada um conjunto de coisas e direitos, “Sach- u Rechtsgesamtheit”). Para uma crítica ao conceito de Sach *vide*, com mais referências, Hübner, *Das Grundgesetz und der zivilrechtliche Eigentumsbegriff*, cit., p. 170-1.

⁹ Dietz, *Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung*, in Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht* (Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag), 1995, p. 15.

¹⁰ Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, 2. éd., 1992, p. 111.

¹¹ Baumach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 19. Aufl., 1996, Allg., p. 83.

¹² Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, cit., p. 36.

¹³ Reh binder, *Urheberrecht*, 9. Aufl., 1996, p. 74.

Actualmente, porém, é forte a tendência para o esbatimento dos termos desta dicotomia¹⁴, podendo dizer-se que a aproximação entre os dois institutos resulta de uma “mudança de paradigma” do direito de autor¹⁵, se é que no moderno ambiente tecnológico não estará reservado ao direito de autor o papel de um “mero direito industrial”¹⁶. Um exemplo claro da aproximação destes dois institutos é o seu tratamento conjunto numa óptica comercial no acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC/TRIPs, 1994), embora se entenda que sob a designação propriedade intelectual “é abrangida não apenas a propriedade espiritual (*geistiges Eigentum*), mas tudo o que nós em alemão chamamos direito de protecção industrial (*gewerbliche Rechtsschutz*) e direito de autor (*Urheberrecht*)”¹⁷. Não obstante, como pólo aglutinador, parece afirmar-se neste país a teoria dos «property rights», entendidos como “restrições temporárias e específicas à concorrência que, a longo prazo, servem para melhorar o bem estar de um sistema de economia de mercado: são restrições da concorrência criadas artificialmente para promover a concorrência e a produção de bens especialmente desejados pela sociedade.”¹⁸ Assim, parece que a aplicação da análise económica do direito aos direitos de propriedade intelectual, traduzida na reabilitação do sistema de recompensas de A. Smith, é acolhida pelo legislador comunitário.

Todavia, será importante destacar, sob pena de cairmos numa pura economização tecnológica do direito, que existe um princípio de justiça que se sobrepõe a uma pura fundamentação económica dos regimes jurídicos. Esse princípio está presente na filosofia de Locke¹⁹, no sentido da justa atribuição ao criador da propriedade dos frutos do seu trabalho intelectual, e de, resto, constava já do pedido de concessão de privilégio apresentado por Galileu²⁰, ou mesmo, retomando princípios porventura já constantes da *Lex Fabia de plagiaris* dos romanos, na decisão do Rei Irlandês: “To every cow her calf, and consequently to every book its copy.”²¹

¹⁴ Como refere Schricker, no horizonte do direito privado, “o direito de autor está perto do direito de propriedade industrial: o direito de propriedade industrial também respeita a criações intelectuais, tais como a protecção de invenções técnicas pelo direito de patente, e ambos os domínios têm relação com a concorrência comercial. Desenvolvimentos modernos estreitaram a separação entre o direito de patente e o direito de autor. Um exemplo disto é a questão da adequada protecção para a protecção de *software* de computadores que por fim foi concedida pelo direito de autor mas que não obstante pode, em certas circunstâncias, ser atribuída pelo direito de patente.” Schricker, in Beier/Schricker/Fikentscher, *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws*, II/A/1.

¹⁵ Dietz, *Mutation du droit d'auteur, changement de paradigme en matière de droit d'auteur*, RIDA 1988, p. 23 s.

¹⁶ Dietz, *Copyright in the Modern Technological World: a mere Industrial Property Right?*, JCS 1991, p. 83 s.

¹⁷ Reinbothe, *Geistiges Eigentum in der Uruguay-Runde des GATT: Materielle rechtliche Aspekte aus der Sicht der EG*, in Hilf/Oehler (Hrsg.), *Der Schutz des geistigen Eigentums in Europa*, 1991, p. 149.

¹⁸ Lehmann, *Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte*, GRUR Int. 1983, p. 356 s.

¹⁹ Vide Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, cit., § 21.

²⁰ Vide Hubmann/Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 6. Aufl. (Mitarb. von Hans Forkel), 1998, p. 20.

²¹ Cfr. Groves, *Copyright and Design Law: A Question of Balance. The Copyright, Designs and Patents Act 1988*, 1991, p. 11.

Com efeito, não se trata apenas de saber se o modelo é economicamente sustentável na sociedade, mas desde logo se é adequado em face dos valores vigentes numa comunidade histórica. Este princípio fundamental parece subjazer ao direito de autor alemão, protegendo a obra enquanto expressão de uma personalidade criadora individual, em termos de unidade infrangível entre a autoria e a titularidade originária do direito (§ 2(2), § 7 UrhG). Sendo que, neste país, o direito de autor é constitucionalmente garantido como propriedade (Art. 14 GG), encontrando-se sujeito ao princípio da *Sozialbindung*²².

De resto, esse princípio permite afirmar, como o fez o Supremo Tribunal dos EUA no caso *Ruckelshaus v. Monsanto* (1984), a natureza jurídica do *trade secret* como direito de propriedade, pois que é “produto do trabalho e do engenho de um indivíduo”; ou, na formulação do caso *In re Iowa Freedom of Information Council* (2d. Cir. 1984): “Trade secrets are a peculiar kind of property. Their only value consists in their being kept secret. If they are disclosed or revealed, they are destroyed”²³.

4. Entre nós, a protecção dos segredos de empresa é prevista num dos exemplos de actos de concorrência desleal: “a ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos da indústria ou comércio de outrem” (art. 260.º-i CPI). Pode colocar-se a questão de saber se o regime da concorrência desleal, para além de conceder uma tutela lateral ou complementar a objectos da propriedade industrial (por ex., as marcas)²⁴, não atribuirá, também, uma forma de propriedade intelectual relativamente a determinados bens imateriais, como sejam o saber-fazer e a empresa. O Acordo ADPIC aponta nesse sentido em relação aos “trade-secrets”, incluindo-os juntamente com o “direito industrial” e o “direito de autor” e direitos conexos, no *gurgite vasto* da propriedade intelectual.

O saber-fazer constitui objecto de diversos tipos de acordos de extrema importância no universo da *praxis* negocial. Prova disso mesmo fazem certos regulamentos comunitários.²⁵ O regulamento sobre acordos de transferência de tecnologia (art. 10.º, 1 a 4) caracteriza em termos pormenorizados o saber-fazer, definindo-o como um conjunto de informações técnicas, que são secretas, substanciais e identificáveis. Sucintamente: o carácter *secreto* significa que o saber-fazer, enquanto conjunto globalmente considerado

²² Vide Lubberger, *Eigentumsdogmatik*, 1995, p. 275. Sobre o princípio jusfilosófico da *Sozialbindung des Eigentums*, veja-se, nomeadamente, Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., 1994, p. 234 s.

²³ Cfr. Wiebe, *Know-how-Schutz von Computersoftware (Eine rechtsvergleichende Untersuchung der wettbewerbsrechtl. Schutzmöglichkeiten in Deutschland und den USA)*, p. 334, e n. 27

²⁴ Neste sentido, Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, I, 1973, p. 250 (de harmonia com as preleções feitas ao 4º ano jurídico de 1972-73, com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita e António A. Caeiro) [vide *Lições de direito comercial*, reimp., Lisboa: Lex, 1994].

²⁵ Vide, por exemplo, Regulamento (CE) n.º 240/96 da Comissão, de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia, JO L 31/2, 9.2.96, que revogou o Regulamento (CEE) n.º 556/89 da Comissão, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE a certas categorias de acordos de licença de saber-fazer, JO L 61, 4.3.89.

ou na configuração e montagem dos seus componentes, não é do conhecimento geral ou de fácil acesso, não se exigindo, porém, que cada componente individual seja totalmente desconhecido ou não susceptível de obter fora da empresa do licenciante; o carácter *substancial* significa que o saber-fazer deve abranger informações úteis, em termos de poder razoavelmente esperar-se, à data da conclusão do acordo que sejam susceptíveis, por ex., de melhorar a posição concorrencial do licenciado, ajudando-o a penetrar num novo mercado; por último, o carácter *identificável* significa que o saber-fazer deve ser descrito ou expresso num suporte material de modo a tornar possível verificar se, nomeadamente, preenche os critérios de segredo e de substância.²⁶

Ora, no quadro do Código da Propriedade Industrial, o saber-fazer é protegido enquanto segredo da indústria ou comércio, contra actos de ilícita apropriação, utilização ou divulgação que sejam praticados contrariamente às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade, punindo-os criminalmente se houver intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo (art. 260.º-i CPI). Além disso, a prática de actos de concorrência desleal é apontada como uma das formas da 2.ª variante da ilicitude ao nível dos pressupostos da responsabilidade civil²⁷.

Parece-nos que o saber-fazer será uma coisa incorpórea, que nem está no domínio público, nem é, por sua natureza, insusceptível de apropriação individual, podendo, por isso, ser objecto de direitos privados, ou seja, não é uma *res extra commercium*. Não obstante, para além da deslealdade do acto de concorrência nos termos da cláusula geral, a lei fala em ilícita apropriação, utilização ou divulgação, exigindo “uma dupla ilicitude, a do acto de apropriação, etc., e a ilicitude final oriunda da concorrência desleal.”²⁸ Ou seja, a protecção do saber-fazer não resultará, em primeira linha, da norma da concorrência desleal, que a pressuporia, mas antes de um qualquer outro regime.²⁹ Todavia, concordamos com a valoração doutrinal da norma nos termos da qual este preceito visa “tutelar o próprio segredo de indústria ou comércio, suprimindo a lacuna da ordem jurídica portuguesa na matéria.”³⁰

Mas, tratar-se-á este de um direito de propriedade intelectual? Numa breve abordagem de direito comparado, constatamos que, enquanto uns negam a tutela geral mediante um

²⁶ Sobre a caracterização do saber-fazer no quadro dos acordos de franquia *vide* Alexandre Dias Pereira, *Da franquia de empresa («franchising»)*, BFD 1997, p. 251 ss.

²⁷ *Vide* Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, I, 8 ed., 1994, p. 545.

²⁸ Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, 1994, p. 134.

²⁹ Justino Cruz, *Código da Propriedade Industrial, Anotado*, 2.ª ed. (com a colaboração de Jorge Cruz), p. 383-4 (“Deve observar-se que a conduta do concorrente a que se refere o n.º 9.º do presente art. 212.º só é punível na medida em que seja *ilícita*. A utilização de um segredo lícitamente obtido não constitui um acto de concorrência desleal.”).

³⁰ Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, cit., p. 294.

direito absoluto dos segredos enquanto tais³¹, outros sustentam a protecção do saber-fazer (secreto) através de um direito de exclusivo “imperfeito”³². No direito alemão, apesar de a jurisprudência superior (BGH) qualificar esta figura como um direito de exclusão, a doutrina que nega o “Recht am Unternehmen”, seja como direito subjectivo absoluto, seja como direito especial (§823 I BGB), considera que se trata aqui de uma forma de protecção jurídico-empresarial dos segredos de empresa, apelando, recorrentemente, a um critério de ponderação de interesses³³. No sistema de *Common Law*, aceita-se que o saber-fazer tecnológico, pelo menos no que respeita aos segredos de comércio e indústria, poderá ser tratado como uma forma de propriedade intelectual, uns abertamente³⁴, outros, porém, com alguma relutância³⁵; sendo de referir, ainda, neste horizonte, a “doutrina dos segredos de comércio” estadunidense que aproxima esta figura do “direito da moralidade comercial”, embora alguns pareçam inclinar-se para a concepção do direito exclusivo de propriedade intelectual³⁶.

O saber-fazer goza de economicidade e individualidade próprias para poder ser considerado coisa. Nessa medida, não se resume a uma mera actividade de comunicação. O conjunto de informações que o compõem tem um valor económico autónomo. Por isso pode ser coisa, por isso pode ser objecto de relações jurídicas. Além disso, parece-nos que o preceito normativo da concorrência desleal relativo aos segredos tem um significado duplo. Por um lado, o saber-fazer é concebido como possível objecto de relações jurídicas, considerando que se trata de uma coisa que, por sua natureza, não é insusceptível de apropriação individual nem está no domínio público. Nessa medida, permite que o saber-fazer constitua objecto de direitos privados, não o considerando *res extra-commercium*. Por outro lado, esses actos não serão ilícitos se tiverem sido autorizados, por contrato ou por lei, ou seja, a prática desses actos poderá ser lícita, pelo que não haverá lugar à concorrência desleal. Por exemplo, as regras de descompilação dos programas de computador impõem a licitude da obtenção e utilização das informações tecnológicas imbuídos no programa para fins de interoperabilidade, isto é, o titular dos direitos não poderá contornar o imperativo da interoperabilidade por via contratual e/ou da concorrência desleal.³⁷

³¹ Cfr. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3 ed., 1960, p. 285.

³² Cfr. Troller, *Immaterialgüterrecht (Patentrecht, Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht)*, I, 3. Aufl., 1983, p. 425-6.

³³ Cfr. Baumach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, cit., Allg., p. 91, UWG § 17, p. 1322.

³⁴ Cfr. Bainbridge, *Intellectual Property*, cit., p. 7, 237.

³⁵ Cfr. Cornish, *Intellectual Property*, cit., p. 9, 289.

³⁶ Cfr. Alces/See, *Intellectual Property*, cit., p. 84-5.

³⁷ Cfr. Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (art. 6.º), transposta pelo Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de Outubro. Vide, por ex., Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., § 52.

5. A existência de direitos de propriedade também é reconhecida num outro domínio, porventura ainda mais problemático. Trata-se de direitos sobre aspectos da personalidade, já antes reconhecidos pela doutrina como susceptíveis de constituírem coisas³⁸. Porém, saber se estes bens da personalidade que se consideram coisas incorpóreas podem ser objecto de um direito de propriedade já é mais complexo. Na verdade, em princípio, os bens da personalidade serão objecto do direito de personalidade, uma vez que: "Das Persönlichkeitsrecht ist kein Herrschaftsrecht wie das Eigentum".³⁹

Não obstante, existe uma corrente favorável à afirmação de um direito de propriedade sobre aspectos da personalidade. No sistema de *Common Law*, ao lado do chamado *right of privacy*, de natureza pessoal e intransmissível, afirmou-se a categoria do *right of publicity*, isto é, "o direito exclusivo de controlar o aproveitamento do valor comercial das características da personalidade. Abrange a pretensão negativa de recusar aos outros a exploração não autorizada de características da identidade e a pretensão positiva de configurar a sua exploração por terceiros e de com eles realizar o seu valor de exploração associado. O *Right of Publicity* é um direito de propriedade transferível... o *Right of Publicity* é ao mesmo tempo o equivalente antitético do *Right of Privacy*, porque ao contrário deste não é dirigido à protecção de interesses ideais, mas antes de interesses económicos."⁴⁰ Entre nós, essa caracterização é sustentada para certos bens que se ligam a aspectos da personalidade, como sejam o direito à firma.⁴¹

Enquanto para esta última orientação está em causa, sobretudo, recusar o entendimento de que, por se ligar a um bem da personalidade, o direito à firma seria um puro direito de personalidade, já na primeira vai-se mais além e sustenta-se que a natureza deste bem não é pessoal, mas antes real, sustentando-se a tese da propriedade. Isto permite compreender, por um lado, que mesmo em relação a certos bens ligados à personalidade, como o nome (que integra a firma), a doutrina não apenas admite a sua coisificação como, inclusivamente, propõe a qualificação deste direito como direito de propriedade, e, por outro, que mesmo que se recuse esta orientação sempre se concluirá que a natureza jurídica da firma se aproxima, em certos termos, da do direito de autor⁴², o qual se pode enquadrar no direito de propriedade.

³⁸ Vide Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 1970, p. 248-9; Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, II, 1959, p. 5. Em sentido próximo relativamente à natureza patrimonial da firma, Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, 1988, p. 118-9.

³⁹ Baumach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, cit., Allg., p. 103.

⁴⁰ Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, 1995, p. 191 e *passim*. No direito português mesmo o crédito ou o bom nome das pessoas colectivas beneficia de especial protecção nos termos do art. 484.º do Código Civil.

⁴¹ Cfr. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, I, 1998, pp. 157-158.

⁴² Cfr. Canaris, *Handelsrecht*, 22. Aufl. (begr. Karl Hermann Capelle), 1995, pp. 157-8.

6. Uma outra forma de propriedade intelectual de enquadramento sistemático complexo é constituída pelos chamados direitos conexos ao direito de autor. Quer o texto constitucional quer o código civil são omissos relativamente a referências aos direitos conexos. É verdade que ao tempo da aprovação do Código Civil, estes direitos não eram atribuídos na ordem jurídica portuguesa, desde logo porque Portugal não ratificara então a Convenção de Roma (1961) sobre a protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Todavia, o diploma que aprovou o Código do Direito de Autor de 1966 dava conta destes direitos no preâmbulo (§ 9). Por seu turno, no que respeita ao texto constitucional, mantém-se ainda hoje a redacção originária “direitos de autor”, acentuando-se a inércia legislativa em actualizar a letra da Constituição e do Código Civil. Ou tratar-se-á antes de uma lacuna voluntária quanto ao enquadramento dos direitos conexos?

Temos sustentado que os direitos conexos constituem uma forma de propriedade intelectual e que poderão colher fundamento na liberdade de criação cultural, configurando, fundamentalmente, uma terceira via de direitos sobre bens imateriais, a meio caminho entre o direito de autor e a propriedade industrial.⁴³

A liberdade de criação cultural está consagrada no art. 42.º da Constituição, o qual se harmoniza com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no sentido de reconhecer a todos o “direito à protecção dos interesses materiais e morais correspondentes às produções cinematográficas, literárias ou artísticas de que são autores” (art. 27.º, 2). Nesse sentido, a liberdade de criação cultural faz parte do catálogo dos direitos fundamentais do homem e os direitos de autor participam dessa dignidade constitucional.⁴⁴ Isto significa, nomeadamente, que os “direitos de autor” são orientados por princípios que informam constitucionalmente o instituto, em termos de o fundamento de promoção da liberdade de criação cultural contrapor a protecção da personalidade do criador de obras literárias e artísticas à mera tutela do investimento em “bens culturais” transformados em “objectos dum «consumo de cultura»”⁴⁵, num cenário de concorrência mercantil.

Porém, os direitos conexos destinam-se a proteger prestações artísticas e prestações empresariais, como sejam, por exemplo, as dos produtores de fonogramas e de filmes e dos organismos de radiodifusão. Apesar disso, parece-nos que se poderá interpretar extensivamente o art. 42.º, 2, da Constituição, no sentido de abranger os direitos conexos e

⁴³ Vide Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., § 19.

⁴⁴ Cfr. Colombet, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde (approche de droit comparé)*, 2. ed., 1992, p. 177.

⁴⁵ Rogério Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, 1969, p. 74.

de incluir a “protecção legal dos direitos de autor” no contexto da liberdade de criação cultural.

Esta liberdade está intrinsecamente ligada a uma dimensão fundamental da pessoa humana, que é a liberdade de expressão e de pensamento, sendo porém protegida em termos reforçados em relação a esta última liberdade. Os direitos conexos deverão ser acolhidos no preceito relativo à liberdade de criação cultural, uma vez que a actividade exercida pelos sujeitos destes direitos se situa na esfera da “irradiação do produto cultural”, justificando, nessa medida, a extensão da garantia constitucional, que abrange todas as formas de “mediação comunicativa”, para além de se traduzir numa utilização do produto da criação cultural criadora de valor económico.⁴⁶

7. Depois, os “direitos de autor” são previstos no Código Civil como uma forma de propriedade intelectual sujeita a legislação especial (art. 1303.º). Isto permite-nos afirmar que a “protecção legal dos direitos de autor” traduzir-se-á na atribuição de uma forma especial de propriedade sobre criações culturais de pessoas humanas geradas no exercício daquela liberdade fundamental. Sendo que a qualificação legal dos “direitos de autor”, juntamente com a propriedade industrial, como dois tipos de “propriedade intelectual” não será precludida, em virtude de o “objecto do direito de propriedade” ser definido em termos de só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, poderem ser objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil (art. 1302.º CCiv), uma vez que o legislador terá aderido ao conceito de *res unita corporalis* para definir, apenas, o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil. Ao mesmo tempo, porém, terá admitido outras formas de propriedade, de que é expressão a “propriedade intelectual”, e não identificou, sequer, a noção de coisa com o objecto destes direitos, consagrando ao lado da categoria das coisas corpóreas a figura das coisas incorpóreas, que podem ser, igualmente, objecto de direitos de propriedade em determinados casos.

Assim, podemos afirmar com algum grau de segurança que, sob o *nomen* propriedade intelectual, o art. 1303.º do Código Civil designa casos de propriedade sobre coisas incorpóreas previstos e regulados em legislação especial, estando estes casos agrupados *maxime* em dois institutos típicos vertidos *sub specie codicis*. Por um lado, relativamente aos objectos dos direitos de autor, constituem casos desta forma de propriedade intelectual as obras literárias e artísticas, uma vez que a lei refere expressamente os “direitos de autor”. O mesmo valerá, *mutatis mutandis*, para as prestações dos artistas intérpretes e executantes, dos produtores de fonogramas e de filmes e dos organismos de radiodifusão, previstas no capítulo atinente aos direitos conexos do Código do Direito de

⁴⁶ Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., 1993, p. 247.

Autor e dos Direitos Conexos, bem como para certas figuras afins aos direitos conexos (por ex., o direito do empresário de espectáculos públicos). Por outro lado, relativamente aos objectos da propriedade industrial, constituem casos desta forma de propriedade intelectual as patentes, os modelos de utilidade, os modelos e desenhos industriais, as marcas, as recompensas, o nome e insígnia de estabelecimento, os logotipos, as denominações de origem e as indicações geográficas, previstos e regulados no Código da Propriedade Industrial; além disso, a tutela da concorrência desleal parece atribuir uma forma especial de propriedade intelectual em relação a certos objectos, em especial o saber-fazer.

Finalmente, outros casos especiais de propriedade intelectual são previstos e regulados em diplomas avulsos: as topografias de produtos semicondutores e os programas de computador⁴⁷. Estes casos parecem constituir um *tertium genus*, embora possam ainda ser ordenados segundo o dualismo da referida “série de tipos” (“Typenreihen”)⁴⁸ de objectos da propriedade intelectual. Outros exemplos paradigmáticos de casos que reclamam a construção de uma “terceira via” de propriedade intelectual são oferecidos pelo regime de protecção jurídica dos produtores de bases de dados e pela tutela de obras geradas por computador. Não obstante, os cânones tradicionais parecem ser, ainda, susceptíveis de adequação à novidade destes casos, ainda que se opte, em termos de técnica legislativa, pela adopção de diplomas especiais avulsos. Por exemplo, relativamente ao direito *sui generis* instituído a nível comunitário para proteger os produtores de bases de dados contra actos de extracção e/ou reutilização do seu conteúdo⁴⁹, tem predominado a entendimento que os equipara, em termos de inserção sistemática, aos direitos conexos.⁵⁰

8. Vale isto por dizer que as formas de propriedade intelectual não se encontram taxativamente tipificadas no art. 1303.º, 1, do Código Civil, ao estilo de um *tertium non*

⁴⁷ Como se escreve a propósito do regime dos programas de computador, trata-se “no fundo de um direito *sui generis* que não abona em seu nome e, a bem ver, mais perto da propriedade industrial [...] que da propriedade literária e artística.” Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, 1997, p. 50.

⁴⁸ Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1996, p. 298 s.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Por exemplo, na Alemanha, a designação *sui generis* foi suprimida, sendo substituída pela expressão protecção do fabricante de bases de dados, a qual foi inserida na parte relativa aos direitos conexos do UrhG através, nomeadamente, do aditamento do capítulo 6 e dos §§ 87a-e; além disso, os termos extracção e reutilização, empregues pelo legislador comunitário, foram traduzidos por palavras do léxico dos direitos de autor, como sejam reprodução, distribuição e comunicação ao público (cfr. Art. 7 *Urheberrechtsgesetz*, in *LuKDG*). No Reino Unido, o direito *sui generis* dos produtores de bases de dados foi traduzido por “direito de base de dados” (*database right*), e qualificado como *property right*, tendo os termos extracção e re-utilização sido mantidos; de igual modo, este direito foi incorporado na lei dos direitos de autor (*The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997*, 18.12.1997). Todavia, o legislador nacional parece ter optado pela autonomização deste direito em relação à figura dos direitos conexos, ao menos em termos formais (vide o capítulo III respeitante à protecção especial do fabricante de bases de dados do Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho).

datur, e estes casos *ex codice* não apresentam identidade e unidade suficientes para formarem uma figura autónoma, um *tertium genus*, antes sendo, pelo contrário, derivados impróprios ou “anómalos” dos institutos tradicionais típicos, no quadro da propriedade intelectual. Mas deve reconhecer-se que a natureza híbrida das novas tecnologias conduz progressivamente a uma aproximação entre os institutos tradicionais, apesar de não existirem já casos *sub legem* que constituam um *tertium genus* ou que, pelo menos, esbocem os traços, com suficiente identidade e unidade, de uma figura autónoma *in faciendo* no quadro dogmático da propriedade intelectual, capaz de superar o dualismo tradicional de oitocentos. Propõe-se, a este propósito, a figura do “arquipélago” de direitos de propriedade intelectual, entendendo-se que “tal é bem o caso das propriedades intelectuais. Contra todos os integralismos... sustentamos que há, atravessando todas as propriedades intelectuais, elementos comuns e em larga medida uma filosofia comum que transcendem a diversidade técnica remetendo-a a não ser mais do que técnica.”⁵¹

Na verdade, à abertura sistemática da propriedade intelectual junta-se uma ideia de unidade funcional, no sentido de que a propriedade intelectual não se confunde com, nem resulta da mera adição dos princípios e das regras dos direitos de autor e da propriedade industrial, somando-lhes os regimes especiais que gravitam em torno dos respectivos Códigos, pois que ao utilizar a expressão propriedade intelectual, o legislador não está a remeter o intérprete, nem para uma colectânea de legislação desconexa e fragmentária, nem para dois direitos codificados com indexação de respectivos diplomas avulsos, mas antes para uma categoria autónoma, com identidade e unidade suficientes para figurar a *se stante* no quadro dogmático do direito privado.

Sendo que a especial natureza dos direitos de propriedade intelectual decorre, desde logo, da incorporalidade do seu objecto, uma vez que estas coisas não se confundem com o *corpus mechanicum* em que virtualmente se expõem. Ademais, os direitos de propriedade intelectual são informados por uma específica intenção de justiça, que decorre do valor comunitário constitucionalmente consagrado no princípio da liberdade de criação cultural. Com efeito, a propriedade intelectual tem por função essencial a promoção da ontogenia do espírito humano, ao nível da originalidade literária e artística, da novidade inventiva e, até, da capacidade distintiva empresarial, bem como, ainda, de prestações de outros agentes do processo económico relativo à criação cultural. Pelo que nos parece razoável sustentar a unidade dos direitos de propriedade intelectual com base na identidade comum, quer da natureza incorpórea do objecto, quer do fim de promoção da liberdade de criação cultural que os anima, entendida esta em sentido amplo.

⁵¹ Vivant (dir), *Les créations immatérielles et le droit*, cit., p. 23.

Deste modo, a expressão propriedade intelectual poderá ser utilizada com o sentido amplo consagrado no art. 1303.º do Código Civil, em termos de o quadro dos objectos da propriedade intelectual ser constituído, *grosso modo*, pelos "direitos de autor" (obras literárias e artísticas), incluindo os direitos conexos (prestações artísticas e empresariais), e pela propriedade industrial (por ex., patentes, marcas, modelos de utilidade), aos quais se assimilarão modernas criações do espírito *ex codice*, como sejam, respectivamente, os programas de computador, as topografias de produtos semicondutores, os conteúdos de bases de dados e, mesmo, as obras geradas por computador. De resto, e pondo de parte questões específicas como os "segredos de empresa" e a própria empresa como objecto de direitos, ainda que de gestação sustentável, nesse quadro não será ainda autonomizável, senão formalmente, um *tertium genus* de objectos de propriedade intelectual, como figura *a se stante*, provida de identidade e unidade suficientes, uma vez que, mesmo os casos mais "rebeldes" de propriedade de coisas incorpóreas *sub legem* podem ser acolhidos no seio dos institutos tradicionais.

9. Claro que esta operação de enquadramento sistemático implica recusar a estabilidade de um conceito unitário de direito de propriedade, aplicando-o, indistintamente, a todos os casos. A única variável dependente seria a natureza corpórea ou incorpórea do objecto. De resto, o conceito de propriedade seria unitário, dele excluindo situações atípicas de tutela de "interesses difusos", isto é, os direitos cujo *licere* não integrasse todas as faculdades típicas do direito de propriedade, não se podendo falar em relação a eles senão de uma "quase-propriedade". Porém, a "unidade do sistema jurídico" que assim se perde só seria todavia alcançada à custa de um método de inversão, que extrairia da natureza corpórea da coisa um elemento essencial do conceito de propriedade.

É verdade que a via que propomos se traduz numa noção de propriedade aberta e porventura fragmentária, com eventual prejuízo da tranquilizante segurança do sistema oferecida pelos conceitos dogmáticos tradicionais. Todavia, o pensamento jurídico aponta justamente o "carácter «aberto» e fragmentário do sistema «interno»", sustentando que o sistema interno "não é em si fechado, mas antes um sistema «aberto» no sentido de que são possíveis as modificações quer na maneira do jogo de concordância dos princípios, do seu alcance e recíproca limitação, quer no encontro de novos princípios; seja com fundamento em alterações da legislação, seja com fundamento em novos conhecimentos da ciência jurídica ou modificações da jurisprudência."⁵²

⁵² Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 314-5.

Além do mais, a arrumação sistemática que propomos, procurando apreender “o fenómeno da criação do espírito na sua unidade”⁵³, pretende afirmar a unidade e autonomia de uma figura do direito privado, a propriedade intelectual, concebendo-a como uma árvore com dois ramos principais, segundo o dualismo de oitocentos: os direitos de autor e a propriedade industrial. Unidade essa que se funda, por um lado, na natureza incorpórea das coisas sobre as quais incidem estes direitos e, por outro, numa intenção de justiça protectiva de bens gerados pelo espírito humano, e que de resto no permite assimilar uma série de casos *ex códice* gerados pelas tecnologias da informação aos objectos tradicionais da propriedade intelectual. Sendo que esta operação lógica de assimilação “não significa identificação”⁵⁴, pois radica num juízo discursivo de matriz analógica⁵⁵.

Para concluir, os novos direitos de propriedade intelectual apontam fortemente no sentido da aproximação dos direitos de autor à propriedade industrial e vice-versa, tendo em conta a natureza híbrida das criações do espírito humano cujo domínio regulam.⁵⁶ Com esta aproximação parece diluir-se, pelo menos em termos normativos, a tradicional dicotomia entre arte e técnica, pois que se equiparam, ao menos para efeitos de regulamentação legal no quadro da propriedade intelectual, os programas de computador aos textos literários, nomeadamente. Mas não foram as modernas tecnologias da informação que evidenciaram a dimensão técnica da arte nem a dimensão artística da técnica, embora tenham contribuído decisivamente para a sua afirmação no quadro dos frutos do espírito criador protegidos pelo direito de autor e por outras formas de propriedade intelectual.

⁵³ Vivant, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in *Propriétés Intellectuelles*, Mélanges en l'honneur de André Françon, 1995, p. 415.

⁵⁴ Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, 1993, p. 177.

⁵⁵ Vide F.J. Bronze, *A metodonologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, 1994. Com efeito, “a analogia, de expediente lógico apenas utilizável em sede de integração de lacunas [...] transformou[-se] num operador que sintetiza o *modus* discursivo que perpassa toda a problemática da racionalizada realização judicativa do direito, quer esta se processe pela mediação de critérios pré-objectivados no *corpus iuris*, ou nele objectiváveis [...], quer sem essa mediação[...]”, uma vez que “os pólos noeticamente irreduzíveis do discurso judicativo são a diferença e a semelhança [...] apuradas em referência ao *tertium comparationis* constituído pela deveniente normatividade vigente”: Bronze, *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica*, BFD 1993, pp. 197, 195, respectivamente. Ou, por outras palavras, “legal argument is often associated with its own distinct method, usually referred to as «reasoning (or argument) by analogy»; indeed, *if methafor is the dreamwork of language, then analogy is the brainstorm of jurists'-diction*” - Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Harvard LR 1996, p. 926, *italico* nosso.

⁵⁶ Vide Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, cit., § 20.

Abstract: Art, Technology and Intellectual Property. This article explores the reception of the theory of property rights by the European directive on copyright and related rights in the information society. It addresses the problem of the legal nature of copyright and other intellectual property rights, having in consideration the traditional dichotomy of copyright protection for arts and literature and industrial property protection for technical and utilitarian creations and distinctive signs. Moreover, it is also questioned the existence of an open system of intellectual property rights reinforced by the protection of unfair competition, covering namely trade-secrets and companies's good-will. Another issue addressed in this paper is the relationship between the protection of personality rights in Civil Law systems and intellectual property rights, considering the so-called *Right of publicity*. Furthermore, it is essayed to attach the protection of neighbouring rights to the protection of the constitutional freedom of cultural creation. Finally, it is argued that the two branches of intellectual property of the Civil Code proprietary tree do not exhaust all the forms of intellectual property rights, since a *tertium genus* of IP rights is emerging, although it implies a conceptual fragmentation of property.